Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

the administrative appeals tribunal of Australia

ADMINISTRATIVE LAW SERIES

STUDY PAPER

Canada

89-03961/

THE ADMINISTRATIVE APPEALS TRIBUNAL OF AUSTRALIA

Administrative Law Series

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1989
Catalogue No. J32-3/42
ISBN 0-662-56348-4

THE ADMINISTRATIVE APPEALS TRIBUNAL OF AUSTRALIA

Administrative Law Series

A Study Paper prepared for the

Law Reform Commission of Canada

by

Terence G. Ison, LL.D., Professor of Law,
Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, Ontario

Table of Contents

REFERENCES ix

ABBREVIATIONS ix

CHAPTER ONE: Introduction and History 1

CHAPTER TWO: Jurisdiction 3

I. Formal Perimeters 3
II. Scope of the Review 5
III. Comparisons with Judicial Review 6
IV. Comparisons with the Ombudsman 7
V. Concurrent Jurisdiction 7
VI. Practical Restraints upon the Jurisdiction 9
VII. Jurisdictional Limitations on Effectiveness 9
VIII. Freedom of Information 9

CHAPTER THREE: Structure 11

I. The Formal Structure 11
II. Physical Plant and Staffing 11
III. Urban Concentration 12
IV. Appeals to the Federal Court 12

CHAPTER FOUR: Procedure 15

I. Awareness of Right to Appeal 15
II. Commencement of an Appeal 15
III. The Adversary Process 16
IV. Scheduling of Hearings 20
V. Pre-hearing Conferences 20
VI. Burden of Proof 22
VII. Delay 22
VIII. Representation 23
IX. Reasons for Decision 24
X. Orders for Costs 24

CHAPTER FIVE: The Influence of the Administrative Appeals Tribunal on the Operations of Government 25

I. Introduction 25
II. Information Flow 25
III. Fidelity to Law in the Departments 26
IV. Influence on the Structure of Primary Adjudication 29

V. Reconsideration 32
VI. Increased Documentation 35
VII. Conflicting Policy Sources 35

CHAPTER SIX: Fidelity to Law 39

CHAPTER SEVEN: Overview and System Revision 41

CHAPTER EIGHT: The Dominance of Lawyers 43

CHAPTER NINE: Overall Evaluation 45

I. Introduction 45
II. Australian Reactions 45
III. Comparison with Specialized Appellate Tribunals 46
IV. Achievements of the Administrative Appeals Tribunal 46
V. Limitations of the Administrative Appeals Tribunal 47
VI. Transitory and Permanent Impacts 48
VII. Variations by Subject Area 49

CHAPTER TEN: Options for Canada 51

I. The Revision of Primary Adjudication 52
II. The Abolition of Reconsideration 52
III. An Administrative Appeals Tribunal Established on an Inquisitorial Model 53
IV. A Legal Audit 54
V. An Ombudsman 55

CHAPTER ELEVEN: The Way Ahead for Canada 57

I. Introduction 57
II. The Need for Area Studies 57
III. The Procedural Dilemma 59
IV. The Option of No Appeal 60
V. Internal Appeals 62
VI. Sectoral Appeals or an Administrative Appeals Tribunal 64
VII. Cost 67

CHAPTER TWELVE: Conclusion 69

BIBLIOGRAPHY 71

TABLE OF CASES 75

TABLE OF STATUTES 75

REFERENCES

Unless otherwise indicated, all section numbers refer to the *Administrative Appeals Tribunal Act* 1975 (Australia), 1975, No. 19, as amended.

ABBREVIATIONS

AAT	The Administrative Appeals Tribunal
Act	The *Administrative Appeals Tribunal Act* 1975 (Australia), 1975, No. 19, as amended (unless otherwise indicated)
ACT	Australian Capital Territory
A.L.D.	*Administrative Law Decisions*
ARC	Administrative Review Council
Tribunal	The Administrative Appeals Tribunal (unless otherwise indicated)
SSAT	Social Security Appeals Tribunal

CHAPTER ONE

Introduction and History

This Study Paper is about an innovation in administrative law, the Administrative Appeals Tribunal of Australia. There is no parallel institution in Canada. The Tribunal was established by the *Administrative Appeals Tribunal Act* 1975, and opened its doors on 1 July 1976. It was established as part of a series of reforms in Commonwealth (federal) administrative law, which included the revamping of judicial review, the establishment of a Commonwealth Ombudsman, freedom of information legislation and an Administrative Review Council. The latter is an agency established for oversight and research in relation to the total package.

This paper will focus on the Administrative Appeals Tribunal (the AAT), though with tangential references to some other aspects of the reforms. The arguments in favour of an administrative appeals tribunal are canvassed thoroughly in an unpublished study on administrative appeals prepared for the Law Reform Commission of Canada (Wilson, 1986). The purpose of this Study Paper is to provide a different perspective, focussing more on a description and critique of the AAT in operation.

The plan for the AAT emerged in recommendations of the 1971 *Report* of the Commonwealth Administrative Review Committee (Commonwealth of Australia, 1971), often known as the Kerr Report after the chairman of the committee. This was a committee of lawyers, and unlike a Royal Commission, it was not established for any role of factual investigation. That report sets out the proposal for an administrative appeals tribunal in detail, but it is thin on supporting evidence or argument. Basically, the establishment of the Tribunal might be seen as reflecting the sentiment that "there has to be some kind of external appeal,"[1] coupled with recognition of the limitations of judicial review.

This paper is based on a review of the published literature and some unpublished papers; attendances at the Administrative Appeals Tribunal in Adelaide, Sydney, Melbourne and Canberra, observing proceedings and interviewing Tribunal members; attendances and discussions at four of the departments or agencies whose decisions are subject to appeal to the AAT; and discussions with other government officials, academic lawyers, and members of community groups that interact with the AAT. The field research in Australia took place in the period August-November 1985. The observations set forth herein are accurate to November 1986, except where otherwise indicated.

---

1. Comment to the author by a senior Commonwealth administrator. This was typical of many other comments.

CHAPTER TWO

Jurisdiction

I. Formal Perimeters

The jurisdiction of the AAT began with appeals from only a few government departments and agencies, but it has gradually been extended so that the AAT now has a broad, but not quite general, jurisdiction in relation to the decisions of government departments and some administrative tribunals.

The initial jurisdiction was prescribed in the *Administrative Appeals Tribunal Act* 1975, but the additions have been provided for in the statutes dealing with the substantive subject matters. Thus, for example, recent extensions of AAT jurisdiction have been contained in the *Customs and Excise Legislation Amendment Act (No. 2) 1985*, the *Grain Legumes Levy Collection Act 1985*, the *Interstate Road Transport Act 1985*, and the *Subsidy (Grain Harvesters and Equipment) Act 1985*.[2]

No single phrase can be used to describe the jurisdiction of the Tribunal. Broadly speaking, but with considerable vagueness and inaccuracy, the jurisdiction might be said to relate to decisions of government departments and agencies that are adjudicative in character (though for reasons of constitutional law, they are characterized by the courts as "administrative"). Thus, for example, the jurisdiction of the AAT does not generally relate to the policy-making processes of the departments, to the preparation of legislation or regulations, to diplomacy, to the business operations of government, or to the provision of many services. It does include, however, decisions relating to the exercise of many discretionary powers.

Much of the jurisdiction of the AAT was novel. In some areas, however, the AAT took over the jurisdiction of an existing tribunal. Some of these were situations in which the volume of appeals to the external tribunal was small, so that a merger would produce some obvious advantages of scale.

With regard to most departments or agencies, the AAT may receive an appeal from a decision made at first instance, though there is often a requirement of reconsideration within the department or agency. In some areas there is also an intermediate level of appeal.

Social security matters are more complex. There is a process of reconsideration within the Department of Social Security, following which an appeal lies to a locally

2. "New Jurisdiction," (1986) Admin Review 105.

constituted Social Security Appeals Tribunal (SSAT). This tribunal makes a recommendation to the Minister (in practice, senior officials of the Department in Canberra). Most of these recommendations are accepted, but many are not. If the applicant is surviving and is not satisfied by the outcome of this process, an application may then be made to the AAT.

The AAT does not have jurisdiction in relation to some specialist subjects where there was already an appeal structure dealing with a substantial volume of cases. Perhaps the most significant example is income tax, though the jurisdiction of the AAT in relation to tax matters is currently being extended.

An itemized list of the jurisdiction of the Tribunal is contained in the annual report of the Administrative Review Council for 1984-85.[3] It includes, for example:

(1) *Air Navigation Regulations*: "Decisions refusing, suspending, varying or cancelling certificates or licences, otherwise than under reg 256 or 257;"

(2) *Biological Control Act 1984*: "Decisions not to hold various types of inquiry; decision not to publish a notice of proposed agent organism; decision to make an emergency declaration; revocation of a declaration; declaration of target organisms, agent organisms and existing released organisms where inconsistent with various findings;"

(3) *Great Barrier Reef Marine Park Regulations*: "Refusal to grant suspension or revocation of a permission to discharge or deposit waste;"

(4) *Marriage Act* 1961: "Refusal to register a Minister of religion as marriage celebrant; removal from register;"

(5) *Patents Regulations*: "Hearing by Commissioner on notice of opposition to restoration of lapsed application; grant or dismissal of application for licence where lapsed applications are restored; determination of application for restoration of a patent which has ceased; determination of application for licence;" and

(6) *Sales Tax Assessment Act (No.* 1) 1930: "Refusal to register a manufacturer or wholesale merchant; decision requiring security, requirement of fresh or additional security; decision prohibiting registered person from quoting a certificate; refusal to issue certificate; revocation of registration."

There is, however, no significant volume of appeals under most of these statutes. The largest volume of appeals (31.3% of all applications to the AAT in 1984-85) relate to the *Social Security Act* 1947. Other areas with substantial volume are workers' compensation for Commonwealth employees (10.5%), Customs, Excise and Diesel Fuel Rebate (9.5%), Isolated Patient Travel and Assistance Scheme (9.3%) and ACT rates, i.e., local property taxes in the national capital (4.6%). Applications under the *Freedom of Information Act* 1982 constitute a substantial volume of work for the AAT (17.6%), but they are not part of the subject of this paper.[4]

The jurisdiction of the AAT relates to the role of the Commonwealth Government both as the national government and as the local government in federal territories under its direct administration.

---

3. Administrative Review Council (hereinafter ARC), *Ninth Annual Report: 1984-85*, 83-107.

4. All figures come from *ibid.*, 109.

The Tribunal is not self-motivating. For the jurisdiction to be invoked, there must be a grievor to play the role of applicant. Most applications are by individuals, but many are by corporations. The Commonwealth Government can also be an applicant. So too can an organization if the decision complained about relates to a matter included in the objects or purposes of the organization (section 27).

II. Scope of the Review

Where the AAT has appellate jurisdiction, the scope of the review is generally unlimited. It overlaps with judicial review to the extent that the grounds of appeal may include points of law or jurisdiction (*Re Brian Lawlor*, 177), but it is more extensive than judicial review in that the grounds of appeal may relate to the merits of the original decision, and the AAT may review the exercise of discretionary powers. Indeed, the Tribunal may exercise all the powers and discretions conferred by any relevant enactment on the person who made the decision under appeal (section 43(1)). This has been interpreted to mean that the AAT has a duty and not merely a power to review a decision on the merits (*Re Control Investment Pty Ltd (No. 2)*, 1981 at 91). Thus even where the original decision would be legally defensible on judicial review, the AAT is still authorized to substitute what it considers to be "the correct or preferable" decision (*Drake* v. *Minister for Immigration*, 1979 at 589). For example, on an appeal from the refusal of a pilot's licence, the AAT may decide not merely that the ground of refusal was improper, but also that the licence be issued.

Where the AAT decides in favour of an applicant, many of the decisions involve not the correction of manifest error but rather differences of judgment in marginal situations: for example, whether a person can qualify as "unemployed" when he spends part of his time helping in his wife's shop.

The scope of the order made by the AAT must often involve an element of discretion. In a workers' compensation case, for example, the AAT may decide simply that the claim should be allowed, leaving it to the administering agency to calculate the payments. In another case, the AAT may allow the claim and also specify the payments to which the claimant is entitled.

Generally a decision of the AAT is binding upon the department or tribunal that made the original decision. In deportation matters, the Minister may decline to implement a decision of the AAT, but that power is not used frequently. There are also certain situations in which the AAT may give an advisory opinion, for example, on an *ex gratia* payment.

A significant limitation on the scope of the review is the widespread use and statutory finality of "medical certificates." Often the issuance of such a certificate requires the resolution of questions of law, policy, or non-medical fact, as well as medical questions. Yet they are often binding on primary adjudicators and therefore also on the AAT.

III. Comparisons with Judicial Review

The advantages of the AAT jurisdiction, compared with judicial review, might be summarized as follows:

(1) Since the Tribunal is overtly engaged in an inquiry into the merits, evidence on the merits can be adduced, the argument on the merits is out in the open, and counsel need not strive to influence the Tribunal's perception of the merits in more subtle ways. This avoids the risk or suspicion that, when purporting to act only by reference to other criteria, a court may be influenced by an ill-informed judgment on the merits.

(2) The Tribunal strives to reach the correct or preferable decision on the evidence adduced at a hearing. Thus the process is more like a trial *de novo* than a review jurisdiction. Many and perhaps most of the cases in which the Tribunal changes the primary decision, otherwise than on a point of law, are cases in which the Tribunal has received evidence that was not considered in primary adjudication.

(3) Government departments are usually represented at the AAT by legal officers from those departments rather than by lawyers from the Department of the Attorney-General. These departmental lawyers might be expected to be more familiar with the subject area, with departmental goals and policies, with the evidence, and with the significance of the evidence.

(4) The AAT is often perceived as more accessible, particularly because applications may be made without representation by counsel. For example, very few customs cases ever went to the courts, but many now go to the AAT. One reason is that there is no risk of an applicant having to pay the respondent's costs, but another reason is that customs agents can act as advocates.

(5) The decision of a court on judicial review is commonly not dispositive. Often the best that the applicant can hope for is a reference back to the agency of primary adjudication for reconsideration, using a different procedure or different criteria. A decision of the AAT is generally a final determination of the substantive question.

(6) A case does not go to the AAT until the primary adjudicator has made a final decision. While this precludes the AAT from preventing an excess of jurisdiction in advance of the event, it has the advantage that the processes of the AAT cannot be misused as a delaying tactic.

IV. Comparisons with the Ombudsman

The differences between the AAT and the Ombudsman have been summarized as follows:

[1] Ombudsman review involves investigating complaints relating to defective administration; *whereas* AAT review involves determining what is the "correct or preferable" decision;

[2] The Ombudsman has recommendatory powers *whereas* the AAT has determinative powers;

[3] Ombudsman review can resolve simple oral complaints relatively quickly *whereas* AAT review normally occurs in an extended but more calculable time frame;

[4] Ombudsman review requires no initiative or expense on the part of a complainant beyond lodging a complaint and supplying the Ombudsman with information; *whereas* AAT review requires more enterprise, motivation and resources on the part of applicants;

[5] Ombudsman review may be initiated in a completely informal manner, such as by telephone, and conducted in an informal manner by the Ombudsman; *whereas* AAT review must be initiated by a written application within a prescribed time limit and normally is conducted via a formal public hearing;

[6] Ombudsman review may provide relief in cases where the decision in question is in accordance with a rule of law, statutory provision or practice but the Ombudsman is of the opinion that the rule, provision or practice is unreasonable, unjust, etc.; *whereas* the AAT is subject to the same legal constraints as the primary decision-maker;

[7] Ombudsman review involves the use of investigative techniques; *whereas* AAT review is primarily an adjudicative process involving, at least to some extent, the employment of adversarial techniques;

[8] Ombudsman review does not require that the citizen affected by defective administration be given an opportunity to appear before the Ombudsman; *whereas* in the course of review by the AAT, applicants are entitled to a hearing; and

[9] Ombudsman review is conducted in private with the affected citizen having a right to particulars of the investigation but no right of access to the material the Ombudsman has obtained during the course of the investigation; *whereas* AAT review is usually conducted in public with the affected citizen having the right to examine the material to which the AAT proposes to have regard in making its decision and a right to receive written reasons for that decision. (ARC, *Ninth Annual Report: 1984-85*, 10-11)

V. Concurrent Jurisdiction

The jurisdiction of the AAT does not exclude the possibility of judicial review, a complaint to the Ombudsman, or the pursuit of any other avenue of relief that may be available, such as complaint to a Member of Parliament.

As indicated in section IV above, there are various reasons why an applicant might prefer the Ombudsman to the AAT, or vice versa. The AAT is usually preferred to judicial review, but this is not always so, even where there is concurrent jurisdiction. For example, if a case involves only a point of law or jurisdiction that is destined to go to the Federal Court in any event, it might be more expeditious to go there directly on judicial review rather than on appeal from the AAT.

In practice, there is no significant duplication between judicial review and the AAT. An applicant does not usually try both routes concurrently, and if anyone did, the court has enough discretionary power to prevent a duplication of process. In particular, the *Administrative Decisions (Judicial Review) Act* 1977 provides that:

> 10.(2) (b) the Court may, in its discretion, refuse to grant an application ... in respect of a decision, in respect of conduct engaged in for the purpose of making a decision, or in respect of a failure to make a decision, for the reason —
>
> ...
>
> (ii) that adequate provision is made by any law other than this Act under which the applicant is entitled to seek a review by ... another tribunal ... of that decision, conduct or failure.

Some applicants do, however, complain to the Ombudsman concurrently with appealing to the AAT. In these cases, the primary decision-making agency may inform the Ombudsman of the duplication, and the Ombudsman will generally suspend his inquiry, at least pending the outcome of the AAT proceeding. In this connection, subsections 6(2) and (3) of the *Ombudsman Act* 1976 provide, in effect, that where a complainant has exercised or exercises a right to have a complaint reviewed by the AAT, the Ombudsman shall not investigate or continue an investigation unless the Ombudsman is of the opinion that there are special reasons justifying the investigation or further investigation. Where a complainant has not exercised a right to go to the AAT, the Ombudsman may decide not to investigate, or to discontinue an investigation, if the Ombudsman considers that it would be reasonable or would have been reasonable for the complainant to go to the AAT.

In some situations, the Ombudsman may leave it to the AAT to deal with the primary issue but continue his investigation of a collateral matter. For example, suppose someone complains of (a) dilatory and oppressive procedures in primary adjudication, and (b) a negative result. The Ombudsman might suspend any investigation of (b), leaving that to the AAT, but continue his investigation of (a), which would not be dealt with in the AAT decision.

In 1985, the relationship between the Ombudsman and the AAT was reconsidered by the ARC in Report No. 22:

> The Council has concluded that the advantages of having overlapping jurisdictions outweigh their potential disadvantages because of the distinct natures of review provided by the Ombudsman and the A.A.T. It is the Council's view that possible problems with successive review are to a considerable extent overcome by the existing provisions relating to the Ombudsman's discretion not to investigate in cases where alternative avenues of appeal are available, and the time limits within which applications to the A.A.T. must be made. (para. 49)

Procedures were recommended later in the report, however, for the reciprocal referral of cases.

VI. Practical Restraints upon the Jurisdiction

Any government institution may ration the use of its resources. Where the institution is an adjudicating tribunal, there is seldom a rationing plan that is the output of any debate. The rationing occurs through such variables as cost, time (delay in the process), location, mysticism, intimidation, etc. The extent to which practical considerations of this type may limit the jurisdiction are discussed under the headings that follow.

VII. Jurisdictional Limitations on Effectiveness

It is usually clear in each case that the AAT has the authority to deal with the question that has been answered by the primary decision-maker, and to produce a different answer. It is sometimes less clear whether the AAT has authority to answer a different question. Yet if it declined to do so, the overall process could sometimes become like a game of Snakes and Ladders.

In workers' compensation and social security matters in particular, it is often important for therapeutic as well as other reasons that the final appellate tribunal should have jurisdiction to consider the whole case, and not merely a particular question. The AAT appears to accept this view, at least as far as social security benefits are concerned. Suppose, for example, someone applies for a social security Invalid Pension and the application is denied. After the intermediate stages of review and appeal, the applicant appeals to the AAT, still alleging entitlement to the Invalid Pension. If the AAT concludes that the applicant is not so entitled, it may still consider whether the applicant should be paid a Special Benefit, notwithstanding that this question may not have been considered in primary adjudication.[5]

There is, however, another limitation arising from the detachment and formality of the AAT. The Tribunal is not generally in a good position to explore rehabilitation possibilities unless the appeal relates specifically to rehabilitation. Even then, its procedures would often be too formal for an effective discussion of rehabilitation.

VIII. Freedom of Information

Apart from its appellate jurisdiction, the AAT also has an original jurisdiction in freedom of information matters. This aspect of the Tribunal's work is beyond the scope of this study.

---

5. For a case discussing issues of this kind, see *Re Kay*.

CHAPTER THREE

Structure

I. The Formal Structure

In 1985 the Tribunal consisted of 59 members. The President is and must be a judge of the Federal Court (subsection 7(1)), and some other members have been concurrently judges of that court. The Deputy Presidents are senior lawyers who have held some previous judicial or tribunal appointment. There are also "Senior Members" who are mostly lawyers, and "Members" who are mostly drawn from other professions or occupations. Some of the appointments are full time. The others, including most of the members, are part time. Cases are heard and determined by a panel of either one or three members.

The Tribunal has a registry and regular hearing facilities at each of the major cities, generally with at least one Deputy President and other members being based there. The authority of the members is, however, not limited geographically. Many of the members are appointed for their expertise in particular subject areas, and hence there is a measure of specialization. Partly for this reason, many of the members travel frequently to deal with cases outside their base areas.

Most hearings are held at one of the base facilities, but in some cases a hearing may be held in one of the smaller towns or in a rural area.

II. Physical Plant and Staffing

Each base of the Tribunal consists of hearing rooms, offices and a registry. Sometimes the registry is shared with the Federal Court. The layout of each hearing room is the traditional layout of a court, with an elevated bench facing rows of tables and chairs for the parties and their representatives. There is also the witness box, designated places for Tribunal staff, and behind the parties, chairs for the public. In Canberra the arrangement is an oval shape, but it is not less formal.

The base premises are generally located in the "legal" part of town. One might have preferred them to be located at places where ordinary people might feel more comfortable, and which are also more accessible to the handicapped.

The physical plant is designed for an adversary process rather than an inquisitorial proceeding, although preliminary conferences are commonly held in a less formal setting with everyone sitting round a table.

The staff resources allocated to a hearing are substantial, typically consisting of an associate, two shorthand writers and an attendant.

There is no field staff, nor any other staff engaged for the investigation of facts. Thus the staffing of the Tribunal too is designed for an adversarial system rather than an inquisitorial process.

III. Urban Concentration

The servicing of small towns and rural areas is commonly a problem for government agencies as well as for business corporations. The AAT is no exception. In the major cities, an application to the AAT involves communication with an institution that is a part of the local scene. In rural areas, however, an applicant to the AAT may have to overcome any psychological or logistical problems that may be involved in communication with an institution in a distant city. This is particularly important because:

(1) Government officials in rural areas generally function with less peer-group contact and less supervision than in urban centres. Hence if any official is reaching conclusions in a manner that is illegal, arbitrary, sloppy, or even tyrannical, this may be more likely to occur in a rural area than in a major city.

(2) It is commonly believed that rural people may be more accepting of decisions made by Government officials.[6]

The problem of servicing rural areas reflects a limitation on almost any system of review in response to complaint, and it indicates why, in at least some subject areas, such a system of review cannot replace the need for review by random spot checks. The vulnerability of rural residents is reported to be recognized in the Department of Social Security, where the benefit control unit is said to undertake some selective surveys to identify any local distortions in decision-making.

IV. Appeals to the Federal Court

From decisions at the AAT, an appeal lies to the Federal Court on a point of law (section 44). As a matter of practical politics, there was probably no choice. The demand of the legal profession for such a right of appeal would be overwhelming.

---

6. This point was mentioned in discussions with government officials.

This right of appeal has some advantages. In particular, it permits an authoritative decision to be obtained in situations where the law is unsettled, such as where different panels of the AAT have reached different conclusions. By enabling the Tribunal to receive the approbation of the legal profession and the judiciary, moreover, this structure probably equips the AAT with enough of an aura, status, and political clout to make its jurisdiction and its decisions accepted by administrators.

On the whole, however, the provision for appeal to the Federal Court may be counter-productive, reflecting the incidence of political power and an aesthetic yearning for a pyramidal structure rather than a rational analysis of public need. In particular, there does not appear to have been any real analysis of whose interests are promoted and whose interests are damaged by this further avenue of appeal.

The results in cases taken to the Federal Court have not been alarming. Indeed, the judgments have generally been well reasoned. The concern relates not to the decisions reached in those cases but to the spill-over influence on the AAT of the appellate jurisdiction of the Federal Court. For example, the existence of this right of appeal may explain why decisions of the AAT are generally much too long, and why they are written in the style of reasons for judgment of an ordinary court. Moreover, making a decision appeal-proof in the Federal Court and making it intelligible to the parties can be inconsistent goals. The source material referred to in the AAT decisions, furthermore, is generally the judgments of courts rather than the literature in the particular subject areas, which might well be more relevant in reaching the "correct or preferable" decision.

It can often be only by sophistry that one can distinguish "law" from "policy," and the attempt to make that distinction in defining the jurisdiction of the Federal Court can tend to undermine the intelligent development of doctrine. If the Federal Court is perceived to be a step up from the Tribunal, it might not be too fanciful to imagine that it could be perceived in that way by some Tribunal members. If it is, an incentive is there to behave in ways that demonstrate one's fitness for the Federal Court rather than in ways that maximize the value of the Tribunal.

Perhaps worst of all, the appellate jurisdiction of the Federal Court is one of the structural features resulting in the AAT's operating on an adversarial rather than an inquisitorial model.

It would be extremely difficult for an AAT to meet the need for review of administrative decisions without a structure and *modus operandi* tailored for that purpose, and this probably requires a complete divorcement from the ordinary court system.

CHAPTER FOUR

Procedure

I. Awareness of Right to Appeal

When someone receives from a government department or agency a decision of a type from which an appeal lies to the AAT, the letter communicating the decision may also inform the recipient of the right to appeal. The jurisdiction of the AAT is also made known through general publicity, and it is well known to the various community agencies to which aggrieved citizens may go for advice.

Another useful development relevant to public awareness of the jurisdiction was the decision to prescribe all additions to the jurisdiction of the AAT in the statutes dealing with the substantive subject matters, rather than by amendment to the *Administrative Appeals Tribunal Act* 1975.[3] Literature relating to a substantive subject area tends to draw from the statute law relating to that subject more often than from other statutes. For this reason as well as perhaps others, putting the right of appeal in the substantive statutes seems likely to increase the probability of the right becoming known to potential applicants.

II. Commencement of an Appeal

As a prelude to commencing an appeal, or as a prelude to deciding whether to appeal, a potential applicant may "by notice in writing given to the person who made the decision, request that person to furnish to the applicant a statement in writing setting out the findings on material questions of fact, referring to the evidence or other material on which those findings were based and giving the reasons for the decision" (section 28(1). See also Burnett, 1986).

An appeal must be commenced in writing, and may be commenced by completing a form ("Application for Review of Decision") made available by the AAT. It is a simple form, though perhaps some of the language could be less bureaucratic: for example, "I hereby apply ..." and "name of applicant." The form provides for the applicant to answer seven questions on a single page.

The application is made to one of the registries of the AAT. The registry notifies the department or agency which made the decision from which the appeal is taken, and that department is then required to lodge with the Tribunal, within 28 days, a set of documents as prescribed in section 37.

III. The Adversary Process

For the first four years of its operation, the AAT is reported to have been less formal, and perhaps a little more inquisitorial, than at present. Applicants proceeded more frequently without lawyers, and at least some government departments and agencies were represented by departmental officials who were not lawyers. Subsequently, however, the process became more formal and adversarial. Legal representation is now normal on the government side, and common also for applicants. The process is now almost indistinguishable from the adversary system in the ordinary courts.

It is not the adversary system in its most rigid form, and the Tribunal shows the same flexibility as the ordinary courts. For example, at a pre-hearing conference, a Tribunal member might suggest certain types of evidence that should be adduced.[7] Similarly, if a party appears without a lawyer, the Tribunal may lead the questioning, and may conduct a basic cross-examination of an opposing witness.

In some respects the Tribunal may go further. If a party needs the evidence of a medical expert but cannot afford the fee, for example, the Tribunal may call the physician as a Tribunal witness, thereby having the fee paid out of public funds. This is, however, more analogous to legal aid than to an inquisitorial process.

For the most part the Tribunal does not take a leading role in the investigation of a case, and indeed, unlike the Ombudsman, it has no staff for the purpose. The Tribunal relies primarily on the parties for initiative in the production of evidence and argument. The Tribunal is not precluded by statute from seeking further evidence on its own initiative and indeed, it has the power to "inform itself on any matter in such manner as it thinks appropriate" (paragraph 53(1)(c)), but in practice, that power is seldom used.

Although many applicants appear in person, the various features of the adversary system, including the design of the physical plant, may well deter others from doing so. For example, counsel for the department will generally stand to address the Tribunal, but for most people the delivery of a standing oration is not a part of their normal routine, and an applicant in person might not have the self-confidence to speak standing up in a public forum. If the applicant prefers to remain seated, the Tribunal will not object, but the distance is usually too great for that to seem appropriate. Furthermore if counsel for the department is standing when addressing the Tribunal, an applicant in person might well feel that her presentation would be perceived as second class if she does not do the same.

---

7. For an example of a case in which the Tribunal was particularly helpful in this regard, see *Re Duncan*.

Again, applicants or witnesses who are not professional or business people can be worn down by the stress of the involvement with strangers in such an unusual and formal setting, and by the duration of a formal and unusual procedure. They can then be confused easily in cross-examination, particularly if counsel for the department is unfamiliar with the background, or if for other reasons the questions are misleading.

A hearing often involves bringing together for the first time people of diverse backgrounds and who usually move in different circles. The applicant, who may have come from a small town to the bewilderment of a major city, enters a building and an arena that is strange to him but familiar to the Tribunal members. The educational level of the applicant will usually be lower than that of Tribunal members, and his occupation will commonly be one that does not involve communications skills. It would surely be easier and fairer for the Tribunal members to adapt to his style of communication than to demand of him that he should adapt to theirs. Inviting him to "present his case," for example, has an air of pontifical insensitivity. As David Wilson has put it:

> Formal procedures are likely to intimidate members of the general public and force them to seek legal representation or forego the challenge entirely. As a result the accessibility of review proceedings and the opportunity of the affected public to participate in decision-making may effectively be limited. Formality may also foster an adversarial climate and thus make it more difficult to quickly, creatively and amicably settle disputes. For the same reasons formality tends to drive up the costs of proceedings and increases the likelihood of delay. (Wilson, 1986: 14-15)

Preliminary documentation can also be intimidating. For example, it is now required that the department deliver an affidavit of response, which an applicant will often receive about a week before the hearing. This sets out the position of the department. To those familiar with the adversary system, this seems like a well-intended attempt to ensure that an applicant is aware of the case to be met. Yet even the word "AFFIDAVIT" can be intimidating when it appears in block letters at the head of a document setting out the case of a government department. Moreover these documents tend to use a bureaucratic style that an applicant may well feel unable to match: "I have formed the view that ..." rather than "It seems to me that ...," for example. After receiving these affidavits, a proportion of applicants withdraw the proceeding, or fail to appear at the hearing. The official explanation is usually that they must have been convinced by the reasoning in the affidavit. An alternative hypothesis is obviously that they were mystified or intimidated by the legal formality and came to see the process as being so dominated by officialdom that they would not be able to communicate comfortably or effectively in any further attempt at participation.

The statistics support the concern, or at least are consistent with it. For 1984-85, 24.2% of the cases finalized are recorded as having been withdrawn by the applicant, and another 6.5% were finalized by a decision to continue only if the parties so request (ARC, *Ninth Annual Report: 1984-85*, 112). It is hardly surprising that the AAT has been described as "a body with which most barristers would feel quite familiar" (Giles, 1980: 37). What is surely needed is a Tribunal in which ordinary people can feel comfortable. The comment that "you have to be miracle person to survive it" (quoted in Palk, 1983: 91), is obviously an exaggeration, but it expresses a common feeling.

Sometimes, and perhaps frequently, the impeding influence of the adversary system is overcome. An example was observed by the author in a social security case

involving an application for a Handicapped Child's Allowance. A husband and wife were appealing to the AAT without the assistance of a lawyer. Examination and cross-examination of the husband proceeded slowly and ponderously. By the time that the wife came to be cross-examined, it was obvious that the couple was honest and straightforward. Cross-examination was unnecessary to test credibility, and counsel for the department seemed to be cross-examining the wife only to elicit further information. At about the third question, the wife replied "I don't know." The husband interjected "I can tell you." No one prevented him, and he answered the question. Counsel for the department and the presiding Tribunal member both seemed to recognize that a relaxation of formal process would be more efficient, and counsel for the department began her next question: "Perhaps one of you could tell me ...." From that point, the formal routine of the adversary process broke down. There was a free-flowing discussion and the inquiry was completed more expeditiously.

It is a sobering reflection, however, that the initiative in moving to a more expeditious procedure came from one of the applicants in person. One cannot help suspecting that the ponderous formality of the adversary process might well have continued if both sides had been represented by counsel.

Another consequence of the adversary process is that some government departments and agencies do not want to expose their personnel to the risk of cross-examination, and to minimize that risk (as well as sometimes for other reasons), they prefer not to have them present at all. Thus the key people may be absent, with the department being represented only by a lawyer who may not know the answers to questions from the Tribunal, or from the applicant.

The adversary process can also aggravate scheduling problems, particularly when both sides have counsel and if expert witnesses are being called for each side. When a case involves human disablement (a substantial portion of the AAT workload) this formal and drawn-out process can sometimes inflict therapeutic damage (Ison, 1986).

Government counsel often try to mitigate the worst evils of the adversary system by playing more the role of an *avocat général*, but this effort can be limited, and perhaps even misleading, if a partisan posture has been taken within the department or agency in the preparation of the case. For example, in a workers' compensation case observed by the writer, the questionnaire from the government agency to a consulting psychiatrist invited an opinion on whether the disability resulted from employment. If the response was affirmative, the psychiatrist was asked to justify the opinion with more detail, but no such justification was requested if the response was negative.

It is possible that government systems of financial control may enhance the formality. The Tribunal may recognize a need for the testimony of the family doctor, for example, but some formality in the process may be a perceived prerequisite to the payment of a fee. As a Tribunal member explained: "I cannot authorize payment of a fee unless I order a summons to appear. We cannot pay him a fee for him to talk to us on the telephone."[8]

The formality of the process is not required by the Act. On the contrary, the Act provides that "the proceeding shall be conducted with as little formality and

---

8. For a discussion of the statutory provisions relating to this, see *Re Sullivan*.

technicality, and with as much expedition, as the requirements of this Act and of every other relevant enactment and a proper consideration of the matters before the Tribunal permit'' (paragraph 33(1)(b)).

There are, of course, some relaxations. For example, counsel for the department might sometimes respond to questions from the Tribunal in a sitting position rather than standing, and the Tribunal will probably not object. Adherence to the formal processes of the adversary system seems to be maintained not by any explicit demands of Tribunal members made in the course of a hearing, but by the design of the physical plant, by the prescribed forms and procedures, by the staffing and budget arrangements, by the criteria used for the appointment of Tribunal members, by the habits of the Bar, by the inclinations and gestures of the legal members of the Tribunal, and by what the Bar and others understand to be the preferences of Tribunal members. The statutory directive against formality has no hope of implementation in the face of those pressures.

When an applicant is unable to cope with the demands of the adversary system, the response varies among different Tribunal members, and perhaps may also vary with the complexity of the matter. Occasionally the Tribunal will adapt to a style of communication more understandable by the applicant, but sometimes the Tribunal will suggest that the applicant should seek legal aid. As well as introducing another hurdle and another delay, this latter course tends to enhance the commitment to the adversary process. It can also result in costs being imposed on State legal-aid funds.

Adherence to the adversary model can raise another difficulty when the agency from which the appeal comes is an adjudicating tribunal. Understandably, such a tribunal may not wish to be seen in an adversarial role in a case in which it has adjudicating responsibilities. Once the process is perceived as adversarial, therefore, it follows almost logically that the government side should be represented by some other department or agency.[9] In workers' compensation matters, the Commissioner for Commonwealth Employees' Compensation arranges for the Department of Social Security to present the government case. This compounds further what is already a problem with the system: too many participants for efficiency and for any depth of understanding.

In response to complaints of excessive formality, the story is often told of a hearing at which someone made a joke, with resulting laughter. The applicant was incensed because he thought that they were making fun of him. This story, however, is plainly irrelevant. Of course frivolity is objectionable at a hearing, but frivolity is not a synonym for informality. Frivolity is not the converse of formality, and indeed, the two can easily coincide.

What is surely needed is an inquisitorial system in which advocacy plays a supplemental rather than primary role. This would probably mean changing the criteria for appointments to the Tribunal so that experience in the adversary system is seen as a disqualification (or at least as a handicap) rather than as a qualification.

---

9. Though there would seem to be no general legal objection to a commissioner or tribunal appearing as a respondent. In one case, the High Court of Australia decided that it was permissible for a tribunal to appear as a respondent on an appeal (*Fagan* v. *Crimes Compensation Board*, 1982).

IV. Scheduling of Hearings

The scheduling of AAT hearings throughout the country is arranged in Canberra. It is not clear, however (or at least not clear to the author), whether this represents any real advantages in efficiency.[10] At the very least, it enables scheduling to be organized on a national basis with members being dispatched from their base cities as required, and it enables the President to take into account any special expertise or perceived bias of Tribunal members when composing panels.

A disadvantage is that when a hearing needs to be adjourned, the Tribunal may not be able to confirm with the parties a date for the resumed hearing until approval of the date has been obtained from Canberra. The ease with which members can be moved between cities can also have negative influences on the health of members, and on the Commonwealth budget.

Centralized scheduling can also be a negative influence on procedural flexibility by enhancing the perceived need both for a single-event "trial" and for thorough preparation for that event by pre-hearing conferences or directions hearings. In this way it is another structural feature promoting an adversarial rather than an inquisitorial process.

V. Pre-hearing Conferences

The preparation of a case for hearing generally includes at least one and occasionally as many as six or seven preliminary conferences or directions hearings. These are generally conducted by a single member, often one of the part-time members. The member conducting a pre-trial conference is generally not a member of the hearing panel for the same case, though he may be in some cases by consent of the parties.

Sometimes these events are conducted with the same ponderous formality as hearings. For example, a pre-hearing directions hearing observed by the author was held in the "courtroom" with the Tribunal member sitting on the "bench" while counsel faced the presiding member from a distant table. The proceeding began with an exchange of bows, and throughout the procedure, counsel were standing or sitting according to whether they were speaking or listening. Even then, the only achievement was to approve an adjournment by consent.

More commonly, preliminary conferences are held in a smaller conference room with everyone concerned sitting around a table. At preliminary conferences observed by the author in this environment, the process took more the form of a free-flowing discussion in an atmosphere of constructive accord. The telephone is also sometimes used for preliminary conferences, but it is rarely used for hearings.[11]

---

10. As with any centralization of this kind, there is always the alternative hypothesis that it may reflect the "mother-hen syndrome" sometimes found at the head offices of government or corporate organizations.

11. For an example of a case in which telephone communication brought about the resolution of the complaint, see *Re Duncan*.

These preliminary conferences can serve a range of purposes, including exploring the possibilities of settlement; narrowing the issues; enabling each party to obtain a clearer understanding of the position of the other; settling the types of evidence to be prepared and by whom; and establishing a time for the hearing (subject to scheduling in Canberra).

There are, however, significant problems resulting from the use of preliminary conferences. One is their contribution to delay, particularly in cases where there are several such events. Each must be followed by the scheduling of the next. Where the parties are represented by lawyers (and sometimes also in other cases), this can involve a search for the next date that will be vacant in the diaries of several busy people.

Again, points covered at a preliminary conference are not generally recorded to provide material for the hearing panel. Hence an applicant may not understand the discontinuity, and may not appreciate the need to explain everything all over again at the hearing. Perhaps more importantly, preliminary conferences can become rituals which are unproductive, or which produce only small steps towards the ultimate resolution of a matter.

Where the parties are represented by lawyers, the applicants and departmental officials may not want to attend or may not be invited to attend such events, and it is normal for counsel to attend without them. Yet counsel may not have the background knowledge of the case to discuss the settlement possibilities or the procedural options, or to understand what alternatives are acceptable to the client, or even to know what evidence is available. At one preliminary conference attended by the author, the Tribunal member asked approximately twenty questions. Counsel were able to answer barely three. Another date was set for counsel to answer the others.

There is also the risk that on questions of relevance, the ideas of the Tribunal member conducting the conference might differ from those ultimately held by the hearing panel.

Here again the AAT appears to have copied the processes of the ordinary courts rather than to have designed a process more suitable to its own role. For example, one might have thought it more appropriate simply to call a meeting for the resolution of each case (except where a meeting is unnecessary). The overwhelming majority of cases could be resolved in that way, and for those that could not, a date could be established for a further meeting.

Under the present structure, the first meeting (preliminary conference) is dispositive for cases that are settled or abandoned, or which the department concedes. Under the proposed alternative, the first meeting would be dispositive not only in those cases but also in others that could be adjudicated without further delay.

The most useful purpose of preliminary conferences appears to lie in resource allocation within the Tribunal. The more senior talent is reserved for the cases that are not settled, abandoned or conceded. Even this, however, is not an unmixed blessing. In particular, it means that the more senior talent is not used to help reduce delays.

VI. Burden of Proof

Common law notions relating to the burden of proof should generally have no place in administrative adjudication. Indeed, this has been recognized in the Federal Court:

> the onus (or burden) of proof is a common law concept, developed with some difficulty over many years, to provide answers to certain practical problems of litigation between parties in a court of law.... The use outside courts of law of the legal rules governing this part of the law of evidence should be approached with great caution.... There is certainly no legal onus of proof arising from the fact that this is an "appeals" tribunal.... [T]here is no presumption that the administrator's decision is correct. (per Woodward J. in *McDonald*, 9-10)

Obviously a burden should be and is placed upon a party to adduce such evidence as it has, particularly of matters lying peculiarly within the knowledge of that party (see, e.g., *Re Reeve*, and also *Re Keane*). In deportation cases, moreover, a burden of proof lies on the Minister to show that a deportation order is justified (Taylor, 1984: 5073).

With regard to any general burden, however, there is theoretically no burden of proof on anyone except the AAT. Nevertheless the adoption of an adversarial model of adjudication seems to mean that in practice there is commonly a general burden of proof on the applicant (see e.g. Ross, 1980: 30-31, and *Re Holbrook*, 1983).

VII. Delay

Another consequence of adopting an adversarial model is that the AAT has no capacity for prompt adjudication. Most cases are processed over a period of at least six months from application to decision, and it is common for the time to be in the range of one to two years. Moreover, this delay can occur after a matter has already been subjected to substantial delays in the processes of primary adjudication and reconsideration. It is clear that delay in government processing is a major concern among the public:

> Possibly the most universal complaint from users of the services surveyed was about the time involved: time taken to receive attention; time taken to get matters sorted out when something had gone wrong; and time elapsing before the service applied for was delivered. (Royal Commission on Australian Government Administration, *Report*, para. 6.2.3)

Once an application has been made to the AAT, part of the delay can occur at the initial stage when the department or agency responding to the application must prepare the documents prescribed in the Act. The 28-day time limit prescribed for this (section 37) is commonly exceeded. One cannot help thinking that in many cases, the lapse of time could be avoided simply by having the agency send a photocopy of its file.[12]

12. This could also help to solve the problem of relevant documents not being filed by the department with the AAT which ought to have been filed. This problem does exist (see e.g., *Re Mutimer and Australian Telecommunications Commission*, 1984), though of course there is no measure of its extent.

Further delays occur as pre-hearing conferences or directions hearings are arranged to fit the schedules of all concerned, and of course the hearing itself is arranged to suit the schedules of advocates and any expert witnesses, as well as the Tribunal members. After the hearing there is often a further delay before the decision. Indeed, "there is a theme ranging from disappointment to dismay at the time which so often occurs between the hearing and the handing down of the decision (Skehill, 1980: 52).

These delays can inflict therapeutic damage, particularly in social security and workers' compensation cases (Ison, 1986). On social security matters it has also been noted that:

> Cash reserves (if any) have been depleted and psychological confidence shattered. As a consequence they do not have the luxury of being able to tolerate time-consuming delays in the application, payment or review processes. For this group there is no longer an economic or psychological cushion to protect them against the social costs of delay. (Carney, 1982: 35)

In cases involving business interests the delay can, of course, result in economic damage. Delay can also operate to the prejudice of third-party interests:

> Those who rely on the finality of an administrative decision can suffer considerably while awaiting the outcome of an appeal. These effects may extend beyond the immediate parties in the dispute to others who have an interest in the outcome. (Wilson, 1986: 13)

Delay can be a negative influence on efficiency in other ways too. For example, perhaps because of changes within the respondent agency, within the offices of the advocates concerned, or within the AAT, delay can increase the number of people involved in a case; even without the delay, the number involved would usually be too many for the efficient resolution of the matter.

Some of the negative impacts of delay can occasionally be mitigated by interlocutory orders. For example, if a pilot's licence has been suspended, the AAT may order a stay of the suspension pending the appeal; understandably, the Tribunal will only do that if the suspension was for misconduct, not usually where it was for an impairment of a medical nature. Similarly in a social security case involving the cancellation of support payments, the AAT may suspend the cancellation pending the outcome of the appeal (see e.g. *Re Dart*, 1982). Such mitigating interlocutory orders, however, still leave the risk of emotional damage from continuing anxiety pending a final decision, and in some cases also a continuing difficulty in future planning.

VIII. Representation

The use of the adversary system results in a clumsy structure with substantial risks of mistakes being made in the relaying of information or argument through representatives. Even the rectification of mistakes or the clarification of uncertainties is made more difficult, particularly when representatives are too remote. For example, if an AAT decision in a workers' compensation case is too uncertain or insufficiently detailed to be applied, the Commissioner for Commonwealth Employees Compensation must ask the Department of Social Security to apply to the AAT for clarification. Here

again, the network of communications that the structure involves is too formal, with unnecessary intermediaries and consequential risks of error as well as delay in the relaying of messages.

IX. Reasons for Decision

As mentioned above in section III, the reasons for decision produced by the AAT commonly read as if they were written for the Federal Court rather than for the parties. They are carefully prepared and thorough, but prolix, often with detailed citations of authorities, and they show deference to the advocacy by setting out and responding to all of the submissions of counsel. Here again the adversary system is dominant. The decisions read as if the Tribunal was adjudicating in matters of private law rather than playing a remedial and architectural role in matters of public administration and public justice.

Where a decision is complex, it is sometimes accompanied by a cover note to explain the matter in more simple terms to the applicant. This can make the decision comprehensible to the applicant, but it is another example of responding to the problems of the adversary system by the use of an addition, rather than by the more efficient and more economical alternative of a subtraction.

X. Orders for Costs

The general rule is that no party is ordered to pay the costs of another. Costs are, however, commonly awarded in workers' compensation cases, though rarely against the applicant. Generally each party meets its own costs, subject to the possibility of the applicant obtaining legal aid or some other form of assistance.

CHAPTER FIVE

The Influence of the Administrative Appeals Tribunal on the Operations of Government

I. Introduction

The operating cost of the AAT is probably high compared with the amounts involved in many of the cases. For example, in a social security case observed by the author, the issue involved a sum of A$877. The direct cost of the AAT decision could well have been at least four times that amount. Indeed, it is possible that the average cost of each appeal might exceed the average amount in issue, but this is hard to determine because many of the cases involve important issues of a kind that are not readily quantifiable in dollar amounts. The costs incurred by the agencies responding to appeals are also not easy to quantify, but on any view they are substantial.

> Responding to review, in whatever forum ... imposes severe resource limitations upon a Department actively challenged in its administration—resource limitations that in the present climate of staffing restraint can only be met by a concomitant reduction in action in other areas .... (Skehill, 1980: 42)

Thus any cost-benefit analysis of the AAT could leave a negative impression if the benefits were measured only by the results to individual applicants. For this as well as other reasons, it is important to consider the spill-over influence of the AAT, particularly on the departments and agencies from which the appeals are brought.

II. Information Flow

It is widely recognized that since the administrative law reforms, government has become more open. To a large extent the old civil-service veil of secrecy has been lifted. People who are subject to governmental decisions, or their representatives, now have access to the manuals of adjudicative criteria. They are better informed about adverse information, and they are better informed about reasons for decisions.

Because the three major reforms have had a combined impact, one cannot be precise in distributing the credit for these improvements among the AAT (in its appellate role), freedom of information legislation, and the Ombudsman. There is no doubt, however, that the appellate role of the AAT has been one of the beneficial influences.

III. Fidelity to Law in the Departments

The royal prerogative power once claimed by Stuart Kings to dispense with statute law, or to suspend its application, was extinguished, or thought to have been extinguished, in 1688 by the *Bill of Rights*. In contemporary Canada, however, there are generally no real sanctions to prevent the illegal revival of that asserted power by ministers or public servants. In Australia, the jurisdiction of the AAT has done much to fill that gap. Moreover, the perception in the public service of statute law as a sort of decorative literature, not of any real concern to us, is probably not now widespread. Indeed, the greatest achievement of the AAT may well be that it has induced a new respect for statute law in government departments and agencies.

Any written instructions or adjudicative guidelines that are inconsistent with statute law are now exposed more readily to a critical scrutiny. For example, the policy instructions of the Department of Social Security now go to welfare-rights organizations. Because of this exposure and the remedial structure established by the administrative law reforms, ministers and administrators are now more accountable to law.

To cope with this new accountability, many government departments have established new legal units, though they are not allowed to call them that. They usually operate under a title such as "Legislative and Review Branch," and the staff lawyers may be known as "Legal Officers."

The role of these legal units is not uniform, but it may include legal advice on such matters as the preparation of adjudicative manuals; staff training relating to legal criteria; preparation and advocacy in relation to cases being processed by the AAT; responses to the Ombudsman; advising on the response to freedom of information applications; and ad hoc functions, for example, relating to international organizations or parliamentary committees.

In other ways too, the new structure seems to have improved fidelity to law within the departments. For example, in social security, and perhaps also in workers' compensation matters, the legal criteria being applied are now less hidden behind medical certificates than they were before.[13]

Again, with regard to the Department of Social Security, the AAT decisions have produced changes in the substantive rules, for example, those relating to the Invalid Pension and Handicapped Child's Allowance. Similarly the instructions contained in the adjudicative manual relating to the "man in the house rule" were revised in response to AAT decisions.

Similarly, it has been reported with regard to customs and excise matters that:

> A consequence of AAT involvement in the main area of jurisdiction, determination of the amount or rate of duty payable on imported goods, has been the enunciation and clarification of general principles for the guidance of both primary decision makers and importers. (ARC, *Ninth Annual Report: 1984-85*, para. 61)

---

13. This is a continuing problem in Canada and elsewhere.

It has also been reported that two of the AAT decisions in customs cases resulted in thousands of refund applications which involved the refunding of many millions of dollars (Skehill, 1980: 50).

In other ways, too, the AAT may be having a beneficial influence. For example, if a department wishes to preserve its relatively superior role in policy development by having its decisions binding on the AAT, it may promulgate its policy choices in the form of regulations rather than policy guidelines. This has the potential advantages of:

(1) exposing proposed regulations to greater public scrutiny;

(2) increasing the visibility of law as administered by the department; and

(3) improving the prospects for consistency in the adjudicative criteria being applied at different levels of adjudication.

Decisions of the AAT are, however, not treated in the departments with the same respect as decisions of the courts. There is a common perception that only courts can determine "law." Decisions of the AAT are treated as binding in the particular case, but it is commonly perceived that a discretion should be exercised at the policy-making level within the department as to whether an AAT decision should be followed as a precedent. With a decision of the Federal Court, the prevailing view seems to be that it should be followed as a precedent or appealed.

In some situations the departmental response to AAT decisions appears to have been half-hearted. For example, it used to be the practice of the Department of Social Security always to demand the recovery of any overpayment. The AAT decided that the recovery of overpayments is a discretionary power, and that therefore a discretion should be exercised in each case about demanding any recovery. The practice was then modified within the department so that the recovery of an overpayment would still be demanded in every case, but if there was a complaint following the demand, the case would be referred to Canberra for a discretion to be exercised. Responses as limited as this obviously produce an unequal justice to the benefit of those who complain and persist, and to the detriment of those who acquiesce in governmental decisions.

Another limitation on the significance of the AAT is that it acts only in response to an allegation of past injustice. It has no screening role to promote an ongoing fidelity to law. Thus while the jurisdiction of the AAT has extinguished or curtailed some inappropriate rules of thumb (such as the "man in the house rule"), it has not prevented other rules of thumb, which might well be inappropriate, from arising (a possible example might be the rule that a farm is deemed to produce an income for its owner of 2.5% of its capital value).

It has also been alleged in relation to the Department of Social Security that illegal restrictive policies have been implemented by the selection of physicians with negative views to act as "medical" advisers (Lucire, 1982). Here again, the AAT has had a beneficial influence, though its decisions have not necessarily ended the practice.

Several instances can be found of undesirable reactions to the administrative law reforms. For example, the head of one government agency informed the author that written instructions containing adjudicative criteria are now kept to a minimum. This reduces the risk of review alleging that the agency is following set rules instead of exercising a discretion.

The AAT decisions have also been less clearly beneficial with regard to the use of categorization in adjudication. In the design of any system, such as customs duty or social security, the designer must decide which and how many variables can be accommodated in the adjudicative process. The costs of administration and adjudication would be unacceptable and complaints of arbitrariness could be overwhelming if every case were to be seen as a matter for great contemplation, including the weighing of judgmental variables. To achieve a workable system at an acceptable cost, and one which is seen to be a system of justice according to law, it may be necessary to establish some broad categories; this, in turn, may produce some rough justice in marginal or exceptional cases. When a case reaches the AAT, the sympathetic circumstances of the particular case may be apparent in evidence, but not the large volume of other cases, nor the compromises made in the process of system design. Thus the AAT may be tempted to consider more variables than have been used in primary adjudication, and perhaps more than ought to have been used. A possible example might be the question of whether a student can qualify as unemployed.

This appears to be the problem that one administrative head had in mind when he said that:

> External review bodies like the Ombudsman and the Administrative Appeals Tribunal have no responsibility for the ongoing administration of the Superannuation and DFRDB legislation and for maintaining a consistent approach in decision-making. The administrator must be even-handed and cannot indulge in the luxury of selective decision-making based on sympathetic rather than objective grounds. What one does for one person should be done for all others in similar circumstances. At least when the Ombudsman proposes in an individual case a course of action that, if adopted, would present the administration with serious problems there is still an opportunity to respond and, by this further exchange, achieve an outcome satisfactory to the administrator. That same opportunity does not exist with the Administrative Appeals Tribunal. (Davey, 1985: 9)

The consequences can be negative in two respects. First, there is an obvious risk of injustice by making exceptions for those who appeal to the AAT. If the use of a broad category is defensible, its use ought surely to be binding on the AAT. Conversely, if its use is indefensible, it ought surely to be abandoned in primary adjudication. The second consequence in social security matters is that although the influence of the AAT has undoubtedly been beneficial in promoting fidelity to law, the insistence of the AAT that more variables are relevant has not always been accommodated very well by the department. Because of the reluctance to delegate to ordinary decision-makers the resolution of judgmental variables, the response to some AAT decisions has meant that more cases of certain types are being referred up the administrative pyramid for judgments to be made by people who are more senior, but who are also more remote from the claimants and who will not be receiving the evidence or argument firsthand.

In many of these situations, the solution should probably lie in a revised structure of primary adjudication rather than in any change to the appeal process.

A significant limitation on the influence of the AAT on fidelity to law within the departments is that the Tribunal does not have its own copies of the adjudicative manuals (or "police guidelines") used by the departments in primary adjudication. Nor does it receive the relevant portions of these manuals automatically in the course of adjudication. It receives them only if they are "put in evidence" or otherwise referred to by one of the parties. Commonly, however, this does not happen. The applicant may

not know of their existence, and counsel for the department may feel, probably correctly, that the argument for the department will be stronger if they are not mentioned. For example, if the case was decided initially pursuant to a manual directive or guideline that is indefensible in terms of the relevant statute, counsel may ignore the manual and strive to defend the decision by reference to the statute and perhaps other sources. Even if the manual is in accordance with the statute, counsel may see it as irrelevant to the appeal, and hence refer only to the statute.

This practice has three disadvantages:

1. The Tribunal precludes itself from using its own initiative to discover how the original decision came about. In some cases, this must weaken its capacity to determine the correctness of that decision.

2. Adjudicative criteria which are incompatible with the statute or otherwise objectionable may not be exposed to the corrective influence of the AAT.

3. Bearing in mind that the AAT is inevitably a law and policy-making tribunal, it could perform this role more intelligently if it always read the criteria documents being used in primary adjudication. For example, when over-riding (and perhaps effectively repealing) a departmental rule, or when creating a new one, the AAT could express the scope of its decision more precisely, and in terms that are more intelligible to the department, if it had a vision of how the decision could be reflected in the adjudicative manual. This in turn would enable AAT decisions to be integrated more easily and perhaps more quickly into the adjudicative manuals.

Here again the effectiveness of the AAT seems to be limited by its adoption of an adversarial model rather than an initiating and inquisitorial role.

IV. Influence on the Structure of Primary Adjudication

It has been explained above that apart from achieving the correction of error in individual cases, the AAT has been a beneficial influence in the correction of adjudicative criteria. Yet the most intractable problems with primary adjudication often lie not in the adjudicative criteria but in the management decisions relating to the adjudicative structure. On these problems it is less clear that the overall influence of the AAT has been beneficial. For example, it is reported that there is now more supervision in lower-level management in the Department of Social Security, whereas the real need is probably for an upgrading among primary adjudicators.

The main problem with primary adjudication is that it is commonly established on a bureaucratic model without the basic elements of procedural due process (e.g., see *Re Tobin*, 1977 at 7). In Australia, as in Canada, primary adjudication in government departments and agencies is often carried out by clerical-grade personnel who work under pressure in physical conditions that are not conducive to penetrating thought and who make decisions based only on the face of the available documents without any personal contact with the applicant, and without allowing the applicant any opportunity

to react to whatever difficulty there may be in responding affirmatively and fully to the application or request.[14]

For example, the delegates who decide Commonwealth employees' compensation claims never hold a hearing. Of course, hearings are not required as a normal routine. Many kinds of decisions can be made in highly automated ways, but there are other cases which require a careful gathering of evidence, discussion by the decision-maker with the party concerned, possibly field-work or other inquiries, and careful consideration of the legal and policy issues. Where a case requires that kind of careful consideration, however, the need does not suddenly arise for the first time on an appeal. The need was there in the first place, and it ought surely to have been met by a structure of primary adjudication that can deal with a case in that way.

It is important to bear in mind here that in workers' compensation and social security matters, many decisions require a process of medico-legal interaction that is just as demanding as in tort claims in the courts. If primary adjudication is weak, the chances are that the opinions of departmental doctors will decide the general issue, including questions of law, policy, and non-medical fact.

One aspect of the problem is that in several of the departments and agencies, there is excessive centralization. If primary adjudication is to function efficiently on an adjudicative rather than a bureaucratic model, it must be as local as possible. The problem was recognized in the *Report* of the Royal Commission on Australian Government Administration when it said that "more authority to reach decisions needs to be given to the officers at local levels, especially to those who deal directly with the public (para. 7.1.2 at 147). The proposals of the commission in this respect were not implemented on any broad scale.

It is sometimes alleged that primary adjudicators under these various systems are incapable of holding a hearing. If that is correct, however, the use of the bureaucratic model is not a solution. Indeed, anyone who is incapable of holding a hearing in cases where one is needed is certainly incapable of deciding those cases without a hearing.

The referrals to supervisors and others, which are often a part of the bureaucratic model, might appear to be a means of obtaining a useful second opinion, but even that can be an illusion. Often these referrals mean that the decision on a crucial matter has been transferred to someone who has had no first-hand contact with the applicant, and who has not received any other evidence or argument firsthand. These processes of referral, furthermore, can result in too many people being involved for efficient decision-making, with crucial information being lost in the retelling. Moreover, discussion within the department can become an alternative to enquiry outside the department, and concurrence can be an alternative to personal responsibility for investigation and decision.

The Royal Commission on Australian Government Administration recognized the problem, though it only went half-way in recommending a solution.

---

14. In the Department of Social Security, claimants are interviewed by clerical staff (assessors) and the decisions are then made by determining officers (delegates), who make the decisions on the documents supplied to them by the assessors and usually without interviewing the claimants themselves. It is now official policy to offer an interview with the decision-maker at the stage of reconsideration (*Guidelines*, para. 8.1) but still not in primary adjudication.

> We *recommend* that arrangements for all programs which involve direct contact between a member of the community as "client" and a member of the administration be reviewed with the object of making the point of contact with the member of the public the point of decision also unless there are unusual considerations to be taken into account. Where the officer meeting the client is simply a processor of information through such activities as ensuring the correct completion of forms, there is often criticism. It will persist until the officer dealing with the public has sufficient status to be able to reach the decision after consultation with the individual concerned in all cases which do not involve special or unusual features. (Royal Commission on Australian Government Administration, *Report*, para. 6.2.7 at 130)

One would have thought that where special or unusual features require the transfer of decision-making responsibility to a more senior or specialized person, the responsibility for receiving the evidence and argument firsthand should still go with the responsibility for making the decision. Where an applicant is isolated from the decision-maker and is allowed to communicate only through an intermediary, there is often a sense of frustration or despair, and a sense of injustice (or to put it in terms more familiar to lawyers, a feeling that one is not being heard prior to the decision). There is also a risk of therapeutic harm, and of confidence in government being undermined, when a negative decision is reached by a process which the applicant knows to have been inadequate, particularly if a judgement on credibility has been made by someone who has never met the applicant.

An example of the consequences of the bureaucratic model might be seen in a social security case reported in 1985. An applicant for the Invalid Pension had lived in the same town for 44 years. The application was denied, apparently on the ground that he was not physically incapable of any kind of work, and that he might be able to obtain some kind of employment if he were to move. On appeal, the AAT concluded that it was not reasonable to expect the applicant to move himself and his family from the place in which he had lived for 44 years (*Roesler*, 1985).

As this case illustrates, serious injustices can arise when primary adjudication and the final level of appeal are not designed to accommodate the same range of judgmental variables. The result is very unequal justice as between those who persist and those who acquiesce in primary decisions. For this reason the availability of an appeal cannot justify the retention of a system of primary adjudication that is not designed to achieve the right answer in the first place.

There are further indications of impoverishment in the quality of primary adjudication. For example, in workers' compensation matters, diagnoses of malingering, secondary gain, or other psychiatric etiology can still be found to have been reached by way of exclusion.[15] A typical complaint of an applicant in person heard by the author of an AAT hearing was that "the [Customs and Excise officials] made a judgment before they inquired about the facts."

The statistics of the manner in which applications to the AAT are finalized also suggest continuing inadequacy in the quality of primary adjudication. In the year 1984-85, 32.8% of applications to the AAT were finalized as a result of the original decision having been altered by the decision-making department or agency (ARC, *Ninth Annual*

15. For such a diagnosis to be even passably scientific requires affirmative symptoms, and not merely the absence of any recognizable organic cause of pain.

Report: 1984-85, 112). Moreover, these would generally be cases in which the initial decision had already been reconsidered and confirmed within the department. Another volume of erroneous decisions made in primary adjudication will have been rectified on reconsideration.

It is arguable that the jurisdiction of the AAT, together with the other parts of the administrative law reform package, may have entrenched the inadequacy of primary adjudication by creating a palliative that has diverted attention from a solution. However, the adversary process of the AAT and the hearing by way of trial *de novo* mean that the AAT does not usually see the departmental file, and that it is not concerned with the manner in which the initial decision was reached. It may correct the substance of an erroneous decision, but it does not usually correct the process or the structure that produced the erroneous decision, and that may continue to produce such decisions.

Part of the explanation for the present structure may be that procedural fairness tends to be demanded by the legal profession, but the demand from that source does not arise until after a negative decision has been made about which a client consults a lawyer. If this is an explanation for the structure, it is still not a justification.

V. Reconsideration

One aspect of system structure that has not been improved by the creation of the AAT, and which may indeed have been aggravated, is the practice of reconsideration. It is a common practice that when a complaint is received after primary adjudication, the decision is reconsidered within the department or agency concerned. Usually this reconsideration is undertaken by a more senior person in the same office. Reconsideration is often prescribed by statute as a precondition of a right to appeal to the AAT.

This practice has been supported in the following terms:

> It is a waste of resources for expensive review machinery, such as the Administrative Appeals Tribunal or the Federal Court, to be set in motion unless the decision is one which the department or agency concerned has carefully considered and is prepared to back. For this reason, Commonwealth Legislation providing for appeals in the Administrative Appeals Tribunal commonly provides that a pre-requisite to the lodging of an appeal with the Tribunal is that the department or agency concerned has been asked to reconsider the decision, usually at a higher level than that at which the original decision was taken. (Curtis, 1985: 16)

There are, however, serious objections to the practice of reconsideration. Perhaps the main one is that it tends to weaken rather than strengthen the quality of primary adjudication. It tends to encourage a structure of primary adjudication that is sloppy or excessively automated, with no real thought being applied to a case at least until after the decision has been made and after a complaint has been received. Reconsideration promotes the practice of rejecting doubtful claims to see if the applicant complains, rather than investigating them to determine their validity. It is hardly surprising that when a decision is reversed upon reconsideration, it is often because of evidence that

was received for the first time at that stage, but which ought to have been sought and obtained by the primary adjudicator.

There is concern not only that reconsideration promotes an inadequate quality of primary adjudication, but also that the reconsideration is itself an inadequate mode of inquiry, and that it serves as an access barrier to the appeal system.

A departmental advocate has explained that

> very few of the actions initiated under either s. 28 or s. 37 involving our Department ever proceed to a hearing. In many cases we immediately recognize that the decisions involved are incorrect. On other occasions, once we provide a statement of facts and reasons, the applicant accepts that our position is correct. (Skehill, 1980: 44)

Both propositions suggest inadequacy in primary adjudication, and also in reconsideration. The most reasonable inference that can be drawn from those propositions is that the majority of decisions about which people are still complaining, even after reconsideration, are either ill-considered or not adequately explained to claimants.

> In many cases, an application for a review is only lodged with the Tribunal after a lengthy period of internal review and of correspondence between the Department and the would-be applicant. Through that process, each side would probably have explored in depth the reasoning of the other and bared its own soul in the course of so doing. (Skehill, 1980: 47)

This too seems to confirm that real discussion of contentious issues often takes place only after a negative decision has been made in primary adjudication and affirmed on reconsideration, and even then only when the applicant persists in a further complaint.

The statistical data also suggest inadequacy in the processes of reconsideration as well as in primary adjudication. For example, the SSAT statistics for appeals finalized in the quarter ending 30 June 1985 show that 32% of non-medical appeals and 36% of medical appeals were conceded by the Department without reference to the tribunal.

To maintain the pressure for an acceptable quality of primary adjudication, it is important that senior administrators and primary adjudicators know that if cases are badly decided at first instance, the magnitude of the inadequacy cannot be concealed from an appeal tribunal. An important aspect of this is that there is no reason to assume a correlation between suffering and complaining. The incidence of injustice is probably more extensive among those who acquiesce in adverse initial decisions than among those who jump the hurdles and pursue their complaints as far as the AAT. The quality of primary adjudication is, therefore, even more crucial than the quality of appellate adjudication.

Reconsideration resulting in the reversal of a decision might be seen to be beneficial, but the same benefit could have been achieved by channeling the complaint to the appellate tribunal and the department of primary adjudication then conceding the validity of the complaint. If the resulting statistics are an embarrassment to the department, that could be another pressure for the improvement of primary adjudication. Moreover, this change in practice would reduce the incidence of delay.

In cases where reconsideration does not result in a reversal of the decision, the process has involved further delay in bringing the matter to a conclusion. This cannot be seen as a small point. As mentioned in Chapter Four, delay can be a cause of

therapeutic damage in cases involving disablement, and in cases involving business interests, delay can cause difficulties in business planning. Moreover, the timing of the reconsideration process is in the hands of the department or agency, so that in practice it has a unilateral power to delay the progress of a case to the AAT.

Where a primary decision has been affirmed on reconsideration and the applicant does not appeal further, it is commonly assumed that the applicant must have been satisfied with the explanation that resulted from the reconsideration. The truth could be that the applicant has been so disheartened by the process that he has given up in despair. The structural requirement of reconsideration prior to any appeal puts a premium on persistence and tends to penalize those, perhaps people of more modest disposition, who give up after a negative decision is seen to have been officially confirmed.

Not only may potential appellants be disheartened by the reconsideration process, but there is also an obvious risk that the process will provide opportunities to discourage or deflect applicants from the appellate tribunal. Thus in relation to social security, it has been said that:

> it can safely be predicted that the [Review Officer] concept will deflect from the SSAT cases which ought properly to come before it leaving grievances unremedied. (Carney, 1982: 41)

There is a related concern in subject areas, such as social security, where the complainant may have a relationship of ongoing dependency with the department. If the complaint concerns the level of benefit, for example, the applicant may be apprehensive that if a complaint has been made and the primary decision has been officially affirmed upon reconsideration, persistence with an appeal at that stage might be seen as a hostile gesture inviting retaliation.

The process of reconsideration can also undermine primary adjudication by precluding the participation of more senior personnel. For example, in superannuation matters the Commissioner for Superannuation used to participate personally in some of the decisions made at first instance. Now he remains aloof from primary adjudication so that he can bring a fresh mind to the case in the event of reconsideration being required.

Apart from any negative implications for particular applicants, this practice can impede the intelligent development of policy. If a primary adjudicator cannot communicate with the head of an agency upon recognizing that a case being decided at first instance involves a policy question of broad application, the issue may not come to the attention of the agency head unless a negative decision is reached and a complaint is subsequently made.

Where an applicant is represented by a lawyer, the reconsideration process is sometimes treated as a useless formality. The lawyer saves the evidence and argument for presentation to the AAT. In these cases reconsideration involves waste and delay with no achievement.

It is suggested that processes of reconsideration are unfortunate, and that these structures ought to be abolished. Only in this way is the requisite pressure likely to be created for the required reforms in primary adjudication, and only in this way is the

requisite pressure likely to be maintained to preserve the continuing quality of primary adjudication. With regard to departments and agencies where the volume of complaints and appeals is relatively small, they could go straight to the AAT. Where the volume is too great for that, an intermediate appeal tribunal may be needed if one does not already exist.

These criticisms of reconsideration apply to situations where the review is by a bureaucratic process and the decision-maker is in or very close to the unit making the initial decision. They have nothing to do with review by an appeal structure when the decision-maker is sufficiently independent of the primary adjudicator, is in direct communication with the applicant, and there is a proper opportunity to be heard.

VI. Increased Documentation

While the AAT does not appear to have had a major influence on the improvement of procedural due process within the departments, its role does appear to have increased the documentation. Systems of recording information are reported to have been revised, memoranda of telephone conversations are now made and placed on the file in circumstances in which this was not done previously, and reasons for decisions (or at least what are said to be reasons for decisions) are now given in more situations. The head of one commission informed the author that where the decision is negative, the reasons are now so extensive that they include not only the conclusions of fact, but also a reference to the evidence supporting each conclusion of fact.[16]

The available time did not permit me to form any opinion on the extent to which these changes may be an improvement in efficiency or the extent to which they may be wasteful.

VII. Conflicting Policy Sources

The administrative law reforms do not make a formal change in the vehicles for the development of policy. Line management structures, special departmental units and ministerial responsibility remain the official modes of policy development, together with committees and ad hoc inquiries. Yet it is also axiomatic that appellate adjudication involves, at least potentially, a policy-making role. Hence the enactment of an appellate jurisdiction that is entirely separate from the departments creates an alternative policy source and the potential for conflict.

This has happened to some extent. For example, the position of the AAT on the social security Invalid Pension and other benefits relating to disabled people has been

16. This seems to reflect an overly strict reading of s. 28(1). The subsection requires "a statement in writing setting out the findings on material questions of fact, referring to the evidence or other material on which those findings were based." But the Act does not expressly require an itemized reference to the evidence in respect of each finding of fact.

less restrictive than the position of the Department of Social Security. In particular, the AAT has looked more at the economic significance of disablement and has felt less confined to the degree of physical impairment.

The problem can be exacerbated if, as well as appeals to the AAT, the ordinary courts are involved in the work of the same department. For example, the Department of Aviation is said to have suspended a licence for 12 months for low flying. On appeal to the AAT, the Tribunal concluded that a suspension for this length of time was a form of punishment, and the licence should have been suspended for three months, this being the time required to restore the airmanship of the applicant. If punishment was appropriate, it should have been imposed through criminal proceedings. The department took notice of that decision and reduced suspensions for misconduct to three months. It was said to have been criticized subsequently in a criminal court for being too lenient on suspensions.

The problem can be aggravated if there is inconsistency between different panels of the AAT.[17] In the case of an aeroplane pilot with a heart condition, the AAT is reported to have reached different conclusions on whether the Department of Aviation can issue a conditional licence requiring a co-pilot. Even if examples of this type are correct, however, they appear to be very few, and the AAT generally follows its own precedents. To the extent that there are divergent policy views among members of the AAT, these probably emerge not as different pronouncements of doctrine but in the weighing of evidence, or in different ways of classifying the facts (e.g., whether the evidence describing different features of a disability warrants the classification of "invalid").

The risk of conflicting policies emerging would obviously be substantial if the AAT ignored government policy statements, or practices reflecting government policy, but that is not the position. While the AAT is not bound by government policy, it does take it into consideration, at least in the exercise of discretionary powers. This position was endorsed by the Federal Court.

> It would be contrary to common sense to preclude the Tribunal, in its review of a decision, from paying any regard to what was a relevant and proper factor in the making of the decision itself. If the original decision-maker has properly paid regard to some general government policy in reaching his decision, the existence of that policy will plainly be a relevant factor for the Tribunal to take into account in reviewing the decision. On the other hand, the Tribunal is not, in the absence of specific statutory provision, entitled to abdicate its function of determining whether the decision made was, on the material before the Tribunal, the correct or preferable one in favour of a function of merely determining whether the decision made conformed with whatever the relevant general government policy might be. (*Drake* v. *Minister for Immigration*, 1979 at 590)

It is commonly said that the AAT attaches greater weight to a government policy that has emerged in the form of a ministerial statement than to one that has emerged in the form of statements or practices at lower levels.

The AAT does not conduct what might be recognized as policy hearings. If a case raises a question of policy (perhaps in the guise of interpretation, or more overtly in

---

17. For further discussion and argument about consistency and the use of precedent by the AAT, see (1986) 10 Australian Administrative Law Bulletin 150.

the exercise of a discretionary power) the AAT decides the matter on the evidence and arguments raised by the parties. It does not seek to broaden the input by giving notice to interest groups that might be affected by the result.

To avoid the risk of confusion from alternative policy sources, some levels of the public service avoid reading the AAT decisions. For example, some regional offices of the Department of Social Security have indicated that they do not want to see them. If an AAT decision is adopted at the head office of the department, they will receive the appropriate amendments to the instructions in their adjudicative manuals. They can then avoid any risk that their own interpretation of an AAT decision would be different from the interpretation at head office. Conversely, if the AAT decision is not adopted at head office as a precedent, they can avoid being confused by it. At the local or operations level of any government department or agency, there are obvious advantages in receiving direction from only one source.

CHAPTER SIX

Fidelity to Law

Comments have already been made in Chapter Five about the influence of the AAT on fidelity to law within the departments and agencies responsible for primary adjudication. Some further comments can be made about the influence of the AAT on fidelity to law within the processes of government generally, particularly with regard to interaction between departments and agencies.

Perhaps the most beneficial influence of the AAT has been in relation to social security. This might be explained on two grounds. First, it is axiomatic that the incidence of political power is not always the same in the design stage of a system and the legislative process as it is in subsequent administration. When a system is designed to meet the needs of relatively underprivileged and powerless groups in society, the design and legislative processes may be more idealistic, more principled, and more caring. Negative pressures on the system may operate more successfully in subsequent administration. This phenomenon has been observable in Canada in the provincial systems of workers' compensation, and it may do much to explain many of the problems found in those systems.[18] Where the system is one that involved the payment of benefits out of consolidated revenue, as in social security in Australia, the negative pressures might well operate through the Treasury.

Secondly, a system that prescribes statutory rights to payment out of consolidated revenue also creates a pre-emptive demand on that revenue. Fidelity to law requires that the budget of the department or agency administering such a system must have priority, up to the amount required to meet the statutory rights of applicants, over the budgets of other departments which involve discretionary spending. Yet there is an obvious risk that Treasury officials may not see it that way on a continuing basis, and that the high-profile political priorities of the moment, supported by powerful forces, may relate to discretionary spending. This risk may be enhanced if, as is usually the case, the Minister of Social Security is seen as a junior member of the Cabinet.

These phenomena may do much to explain why adjudicative criteria developed in the Department of Social Security have been found by the AAT to be unduly restrictive and in need of correction. It could well be that the AAT is improving the quality of the democratic process by bringing budget priorities more into accord with fidelity to statute law.

---

18. For another perspective on this phenomenon, see M. Vosburgh, "Implementation Analysis: The Case of Accident Compensation in New Zealand" (1986) 9 Evaluation and Program Planning 49.

CHAPTER SEVEN

Overview and System Revision

The Administrative Review Council has an overall responsibility for monitoring the new structure of administrative law and for making recommendations on revision. In particular the Council makes the recommendations relating to developments in the jurisdiction of the AAT. This overview responsibility also includes the roles of the Ombudsman and of judicial review, and a mixed range of other activity. Recent examples include a review of pension decisions under repatriation legislation, and Australian Broadcasting Tribunal procedures.

The composition of the Council, however, tends to make it more political and less analytical than one might think ideal. The Council is to a large extent a "legal" institution, which has not developed research methodologies going much beyond those normally familiar to lawyers, and the published output of the Council relating to the AAT has not included any significant impact analysis. An Impact Project was undertaken by the Council from 1981 to 1984, but it was decided not to publish the results (ARC, *Ninth Annual Report: 1984-85*, at 8).

If an overview institution is to engage in performance monitoring measured by impact and not merely output, the role of the Director of Research in that institution would surely be the most demanding role in the whole system, and ought to be the highest paid. Yet the salary for the position of Director of Research at the ARC is much less than that of the President of the AAT.

Another limitation on the status and potential effectiveness of the Council is that its reports go to the Department of the Attorney-General, and officials of that department make the recommendations regarding acceptance and implementation. One would have thought that the Council itself should have at least the status of a permanent head (deputy minister) and that the responsible minister would be taking advice directly from the Council, not through a department.

Perhaps the most basic question is whether a council of this type is appropriate to determine expansions or other variations in the jurisdiction of the AAT. The risk is that with its focus on and affinity with the institutions of administrative law, the Council will exert a homogenizing influence, achieving consistency in institutional structures and procedures at the expense of substantive goals and policies. The author feels that expansions or other variations in the jurisdiction of the AAT ought to be considered in ad hoc studies that include the substantive law, goals and policies in the subject area, that can take account of the clientele in that subject area, and that are independent of the institutions responsible for the ongoing management of administrative law. Goal-oriented structures and procedures are surely more likely to develop if they are planned with a primary focus on the substantive subject matter than if they are planned under pressures for uniformity and with a primary focus on the institutions of general jurisdiction in administrative law.

CHAPTER EIGHT

The Dominance of Lawyers

A notable feature of the system is the dominant role of the legal profession. The President of the AAT and virtually all of the key full-time members are lawyers. The departments and agencies of government are now generally represented at the AAT by lawyers, and the legal units within the departments may play a key role in forming the departmental view of the AAT. An appeal from decisions of the AAT may be taken to the Federal Court, where again the legal profession is dominant. Key decisions and recommendations relating to the AAT, such as appointments, are made in the Department of the Attorney-General, which again is staffed by lawyers. At the ARC most of the key members of the Council and staff are lawyers. It is hard to find anyone in a key position in the structure whose primary background is in one of the social sciences, or in anything other than law.

Of course one would expect the legal profession to play a substantial role in any system of appellate adjudication, but if the system is to function in a manner significantly different from that of the ordinary courts, one would also expect more diversity of perspective. That surely requires more of the crucial positions to be occupied by people whose backgrounds are primarily in other disciplines.

This problem was recognized at the inception of the AAT.

> There is we think a risk that if the presidential members are all drawn from the practising legal profession, they will bring to their activities as members of the Tribunal, habits of mind and approaches which are not altogether appropriate to the Tribunal's functions. (Campbell, 1975: 5)

Unfortunately that warning was not heeded.

The dominance of the legal profession relates to the appellate structure. In some subject areas, lawyers are involved in the process of reconsideration in the departments, but they do not usually have an influential role in primary adjudication. Perhaps partly for this reason, notions of procedural fairness, fidelity to law, and other traditional ways of thought of the legal profession may well be underutilized in primary adjudication.

What seems to be needed is a more evenly balanced distribution of legal and other modes of thought throughout the decision-making pyramid. At present, legal modes of thought are dominant above a certain level while they are excluded or underutilized in primary adjudication. The result is a structure with a high risk of unequal justice.

CHAPTER NINE

Overall Evaluation

I. Introduction

It is not the purpose of this Study Paper to attempt a comprehensive judgment on the value of the AAT, but rather to describe its operation, to identify what the author perceives to be its strengths and weaknesses, and to identify variables that may be relevant in the consideration of any similar institution for Canada. Any overall judgment on its utility must obviously depend upon what weight one attaches to its positive and negative features, and also on what one sees as the alternatives.

II. Australian Reactions

Within Australia there are, understandably, various reactions. Favourable comments can be heard from those who have been associated with successful cases, from those who like the idea that "the bureaucrats are now more accountable," from those who see it as an advance for the rule of law, and from those who see it as an improvement on judicial review. There are also some grumbles, particularly about high cost, delay, unnecessary procedural steps, excessive formality, and unequal justice.

Obviously the creation of the AAT involved some curtailment of power within the departments, but any negative bias that this has produced in the reactions to the AAT could well be counterbalanced by an element of positive bias. A new industry is likely to spawn its satellite industries which have an interest in the continuing existence of the primary industry, and this appears to be the case for the AAT. If a government department or agency receives an enquiry about the role of the AAT, it will be understandable if the enquiry is referred to those having detailed knowledge of the matter. These would commonly be the legal officers in the Legislative and Review Unit. This unit came into existence in the first place partly as a result of the jurisdiction of the AAT, and hence its own future may be linked partly to that of the AAT.

For several reasons, perhaps including the one just mentioned, early resistance to the AAT appears to have diminished.

> The costs and apparent administrative complexity which resulted from the administrative law reforms, together with a dramatically sudden change from a closed system of government to one which operated in a more open manner led to a good deal of resistance.

> There is now evidence, I believe, that attitudes within the Australian Public Service have changed quite markedly in the past two years or so. (Curtis, 1985: 17)

The position of the Government in relation to the AAT is clearly supportive. The position of the Opposition is less clear. The Leader of the Opposition has announced that, if elected, the Opposition would undertake a reduction of government spending, and that many statutory bodies would be abolished. The announcement included an itemized list which does not include the AAT, though the list does not purport to be exhaustive.[19]

III. Comparison with Specialized Appellate Tribunals

On the merits of an AAT structure compared with those of more specialized appellate tribunals, the weight of the arguments is bound to vary from one subject area to another, and it would be a mistake to assert any general conclusion. Some general comments, however, can be made.

The AAT structure will often have some comparative advantages. The breadth of the jurisdiction may enable the AAT to function with more independence from political or departmental pressures than might be possible for an appellate tribunal of more specialized jurisdiction. Furthermore, the unit cost may sometimes be lower in subject areas where the volume of appeals is very low.

It would be wrong to see the AAT as a generalist tribunal lacking in specialist knowledge. In some subject areas the volume is so large that the members are bound to become familiar with them. Moreover, the part-time members often have specialist qualifications or experience, and to a certain extent even some of the full-time members specialize. Thus the AAT is able to capture some of the advantages of a specialized tribunal.

On the other hand, there are some situations in which one would expect a specialized tribunal to be more efficacious. One is where the same subject matter requires a series of decisions over time, and where consistency and co-ordination are of paramount importance. Another may be where decisions of an adjudicative nature must be interwoven with field-work and the provision of services.

IV. Achievements of the Administrative Appeals Tribunal

For the cases with which it deals, the AAT commonly achieves the rectification of a serious injustice. It is important to note that many of the decisions reversed by the AAT are not merely wrong, but horrifyingly so. For example, in one case an Invalid Pension had been cancelled by the Department of Social Security on the ground that

---

19. Reply to the Budget by the Hon. John Howard, MP, in *Parliamentary Debates*, new ser., vol. H. of R. 150 at 502 (21 August 1986).

the applicant's back disability was not permanent because he had (understandably) refused to undergo a laminectomy, with its attendant risks (*Re Korovesis*, 1983).

The AAT has also had a most salutory influence in the enhancement of fidelity to law within the departments. Other achievements have been mentioned under the preceding headings.

V. Limitations of the Administrative Appeals Tribunal

Several limitations on the effectiveness of the AAT have been noted earlier. Perhaps the most severe limitation is the incapacity of the AAT to reform the structure of primary adjudication. Although the current structure includes many variations among the departments and agencies of government, it is not uncommon to find that the total adjudicative structure consists of:

1. Processes of primary adjudication in which decisions are made in a fairly automated manner in response to documents, often standard forms, by people who are frequently working under pressure in an open floor plan and who are not considered to have the educational background or intellectual capacity to be entrusted with the application of judgmental variables. It is sometimes part of the structure that any interviewing should not be done by a decision-maker. Thus even if an applicant is interviewed, any evidence or argument may be received by the decision-maker only second-hand.

2. Reconsideration, which again may be simply a response to documents, but which may include oral communication with the applicant.

3. The AAT, operating on a due-process model.

In several respects this appears to be the reverse of what is needed. The need for various features of a due-process model varies with the gravity of a matter, the kinds of issues involved (e.g., whether there is a credibility question) and the extent to which the adjudicative criteria are judgmental. In a serious and complex case, however, the need for various features of a due-process model does not arise for the first time on an appeal. It is at least arguable that the need is far greater in primary adjudication.

Other limitations or disadvantages of the AAT structure, particularly those related to the adversary system, have been discussed earlier. Further disadvantages flow from the separation of powers. For example, if the AAT concludes that a claimant should receive a payment, but there is no statutory authority for it, the Tribunal may recommend an *ex gratia* payment. The department then has to put the matter to the Minister of Finance, who usually refuses unless the department indicates that it plans to amend the legislation.

> The result for the applicant who has managed to withstand a lengthy, tiresome and possibly costly pursuit of his or her case all the way to the AAT is that at this point the battle begins once again, this time with another opponent, the Minister of Finance. If the Minister refuses to approve an Act of Grace payment, the applicant's chances of success, which might have appeared quite bright up until this point, rapidly diminish. (Palk, 1983: 117)

Again, the AAT and SSAT are often grappling to overcome system defects which cannot really be overcome without the concurrence of adjudicative experience and regulation-making powers. It can be exasperating for applicants to be told that the tribunal sympathizes with the obvious injustices they are suffering, but that because of the current state of the regulations it has no power to prescribe remedies. A measure of public cynicism is an understandable consequence if the only people by whom they have a right and opportunity to be heard are people who announce that they have no power to right the wrongs. This is probably one of the strongest arguments for the final level of appeal in relation to any structure of administrative adjudication being internal, and blended with regulation-making responsibility.

Another limitation on the effectiveness of the AAT structure is that, like most appellate systems, it seems designed to protect private interests rather than more dissipated public interests. This point has been raised regarding social security. It has been suggested that because the appeal process generally operates only one way, and in favour of payment, it creates a bias in favour of generosity and an upward pressure on the budget. The social security area, however, does not seem to be a valid illustration of the point. Any upward or generous pressure created by the appeal system is still modest compared with the strength of the countervailing pressures for restrictive practices. The balancing influence of the AAT simply brings the benefit criteria closer to those prescribed by the statute.

Perhaps more valid examples of the point can be found in licensing systems. If any licensing authority were to adopt restrictive practices, with licences being denied, suspended or cancelled unnecessarily, the aggrieved individuals might find an avenue of redress by applications to the AAT. But if a licensing authority were to be lethargic, granting licences without adequate inquiry, and failing to suspend or cancel licences when this ought to be done, it is unlikely that the jurisdiction of the AAT (even if it has jurisdiction) would provide a remedy in the public interest, and it is possible that a remedy may not emerge in any other way.

Probably the most serious examples would arise in pollution control. For example, under the *Environment Protection (Sea Dumping) Act* 1981, an appeal lies to the AAT from the refusal to grant a permit, the suspension and revocation of a permit, and the imposition of and refusal to revoke or vary conditions on a permit (ARC, *Ninth Annual Report: 1984-85*, 93). No appeal seems to lie from the granting of a permit, and even if it did, there may be no organization scrutinizing the permits to decide which ones to appeal. Thus if the appellate jurisdiction of an administrative appeals tribunal operating on an adversary model is applied to such matters as pollution control, it can become another bias in the system favouring corporate interests over public health.

VI. Transitory and Permanent Impacts

Any attempt at an overall evaluation also involves a difficulty in assessing which of the advantages and disadvantages are enduring, and which are transitional. Some of the most serious problems of the AAT, particularly those resulting from the use of the adversary system, appear to be entrenched, while some of the advantages could be

transitory. For example, the publication of adjudicative manuals and other aspects of "open government" resulted from the total package of administrative law reforms, including the appellate jurisdiction of the AAT. It is possible that the freedom of information legislation and the Ombudsman might now be enough to ensure the continuity of this publication and openness. On the other hand, the beneficial influence of the AAT in promoting fidelity to law in government is of crucial importance and is likely to be enduring. Moreover, it is unlikely that this need would be met in any other way.

VII. Variations by Subject Area

While an attempt has been made to identify the achievements, limitations and disadvantages of the AAT, these are bound to vary among different subject areas. Even where the same features can be found, the strength and relevance of the arguments inevitably vary among different subjects, particularly if there are differences in the appeal structures that would be the most feasible alternatives.

For these reasons it was obviously a sensible decision to prescribe the jurisdiction of the AAT by compiling an itemized list rather than by attempting any comprehensive definition. The difficulty, of course, lies in the creation of a decision-making process for determining where the jurisdiction should be applied that will be sufficiently thorough and attentive to consequences. The dangers are first, that the process will be too political and insufficiently analytical; secondly, that it will begin with a bias or presumption, using generalities rather than analysing the significance of the jurisdiction in the particular situation; and thirdly, that arguments of principle will tend to dominate to the exclusion of any impact analysis.

CHAPTER TEN

Options for Canada

The purpose of this Study Paper is not to promote or to discourage the adoption of an administrative appeals tribunal structure in Canada, but rather to provide an understanding of the role of the AAT in Australia, and to assist the reader in assessing the potential of a similar institution here.

It would be easy to dismiss the idea of an administrative appeals tribunal by suggesting that the institutional or other circumstances of Canada are different from those of Australia. For his part, however, the author has not discovered any crucial difference. One argument raised elsewhere is that we already have in Canada a more extensive range of specialized and sophisticated administrative tribunals than exists in Australia. That, however, is not relevant to anything except the scope of the jurisdiction. If any model of administrative appeals tribunal is created, it would seem self-evident that its jurisdiction should exclude the decisions, or at least many types of decision, made by an administrative tribunal operating on a due-process model. For example, it could be unfortunate to have the licensing decisions of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission subject to appeal to an administrative appeals tribunal, though such decisions are within the jurisdiction of the AAT in Australia (see e.g. *Re Control Investment Pty Ltd*).

The merits of any proposal for an administrative appeals tribunal can be addressed more intelligently if it is assumed that its jurisdiction would be confined to certain decisions of government departments, and of some other agencies, where there appears to be a need for a new and external appellate structure. In any event, a judgment would have to be made situation by situation about whether the jurisdiction of an administrative appeals tribunal was appropriate.

Of course there are also some differences between Australia and Canada in the distribution of legislative powers. For example, benefits similar to those provided in Australia under the federal social security system are provided in Canada partly by the provinces (under family benefits and general welfare legislation) and partly federally (particularly under the unemployment insurance system and the Canada Pension Plan). But again, it is difficult to see that these differences are relevant to anything except perimeter questions in defining the jurisdiction of any new appeal tribunal. They are surely irrelevant to the merits of establishing an administrative appeals tribunal.

The author feels that while an administrative appeals tribunal functioning on the adversarial model, as in Australia, would be better than no change, it would be a weak option compared with other possible improvements, and that it should not be our highest priority in the reform of administrative law. My thoughts on possible alternative avenues of development are as follows.

I. The Revision of Primary Adjudication

Some of our systems of primary adjudication show the same weaknesses as those in Australia, and perhaps even more so. Yet when complaints are made about primary adjudication, the remedy often suggested is another level of appeal, or some other revision of the appeal structure. That is plainly irrational. If any appeal structure is to work well, and is not to produce an uneven justice by using more favourable criteria for those who complain, it should be a way of correcting the occasional errors that occur in a system of primary adjudication designed to reach the right answers in the first place, and which is otherwise working well.

Systems of primary adjudication could well be reviewed to ensure that those making the decisions have the ability, the seniority, the time, and the working environment to gather the evidence, to recognize what is required, and to make the same kind of intelligent judgment as might be made eventually in an appeal structure. Above all, the conduct of each case should be in the hands of someone with the authority and the ability to make the decisions and to communicate as necessary for that case. This must include personal investigation and the receipt of evidence and argument firsthand. To the fullest extent possible, therefore, primary adjudication should be local.

For certain categories of decisions, reasons should be required to be issued with the decision and regardless of any request. A primary goal here is to ensure that decisions are made for reasons that can withstand reflection, at least in the mind of the decision-maker. That goal is not achieved if reasons are only formulated later in response to a request. What is commonly needed is not the legal style of "reasons for judgment," but simply a few sentences in plain English to explain why and how the particular conclusion was reached.

The main problem seems to be that ordinary political and bureaucratic pressures militate against efficiency in primary adjudication. Thus the paramount need is for an ongoing countervailing pressure, and a method of meeting that need is my next suggestion.

II. The Abolition of Reconsideration

As in Australia, several of our systems provide for reconsideration prior to any appeal tribunal having jurisdiction. The objections to that practice have been summarized above (see Chapter Five, section V). It is even worse when, as under some of our systems, the decision made by an official on the reconsideration is portrayed to the applicant as a decision of the Minister. For ordinary people, unfamiliar with the distinction between formalities and realities, the portrayal of the decision as having been made at the apex of the pyramid is bound to discourage the exercise of their rights of appeal.

The practice of reconsideration ought to be abolished. Since the practice results from normal political and bureaucratic pressures, it would have to be prohibitied by statute. Moreover, it would have to be somebody's job to enforce the prohibition and there would have to be sanctions. The right to go to an appeal tribunal would then arise immediately upon receiving the primary decision. A much-needed pressure would then be created for a structure of primary adjudication more conducive to thoroughness and accuracy.

Of course some kinds of cases require more senior talent than others. Bearing in mind, however, that most people dealing with government agencies are not represented by professional advisers at this stage, a regime of unequal justice is created automatically if the level of seniority at which a matter is decided depends upon whether someone complains after receiving a negative decision. Abolishing the practice of reconsideration would help to ensure that a system of pre-screening is used, with cases being assigned to different levels of seniority according to the type of adjudication the issues require, rather than according to whether the applicant is quiescent or makes a complaint.

III. An Administrative Appeals Tribunal Established on an Inquisitorial Model

The suggestion here is an appeal tribunal with a structure, staff, physical plant and procedures designed for an inquisitorial rather than an adversarial process. The tribunal members would be responsible for initiative in the identification of issues and in the investigation of the complaint, sometimes including field-work. Appropriate staff would be available for limited roles in the processes of investigation. To ensure the continuing availability of prompt adjudication as a pressure for quality control in primary decision-making, any attempts at conciliation would be strictly prohibited.

The rigid demands of the adversary system, such as that all evidence and arguments should be adduced at a "hearing," would be abandoned, but the basic elements of procedural fairness would be observed, such as the right to know the nature and extent of any adverse evidence, and the right to be heard. Advocacy would be permitted, but it would be supplemental. The tribunal would not depend upon advocacy, and indeed, would be designed to operate without advocacy. The tribunal itself would question and where necessary cross-examine witnesses, though with any advocates usually being allowed to participate.

This does not mean that advocacy would be discouraged or impaired. Paradoxically, advocacy can be more useful and effective in the context of an inquisitorial process. The more discursive style of interaction can enable the advocate to understand more clearly the concerns of the tribunal, and vice versa.

In establishing the qualifications for membership of such a tribunal, experience in the adversary system would have to be a disqualification, or at least be seen as a handicap.

There would be no concept of a trial *de novo*. The file of the agency of primary adjudication would usually form part of the material considered and investigated. In this way the appellate tribunal could have a beneficial influence on the structure of primary adjudication as well as on adjudicative criteria.

An appellate tribunal established on such an inquisitorial model could have great potential, but the political prospects of establishing and keeping it in operation are not encouraging. The tribunal would operate contrary to the usual training and inclinations of the legal profession in this country, and the pressures could be enormous to convert the institution to an adversarial model. Moreover, it could be impossible politically to create an administrative appeals tribunal of any kind in Canada without allowing a further right of appeal to the Federal Court, or at least judicial review in the Federal Court, and that would create another pressure for the tribunal to operate on an adversarial model. It could also undermine the prospects of hiring people of a high enough calibre to serve on the tribunal.

There may even be doubts now about the constitutional validity of such a tribunal. One judge of the Supreme Court of Canada has expressed a willingness to incorporate the separation of powers in the *Charter of Rights* (Wilson J. in *Operation Dismantle*, 1985 at 491), and if that restrictive view should prevail, it might be impossible for any government to establish any court or adjudicating tribunal on an inquisitorial model.

Perhaps a possible way of establishing an administrative appeals tribunal on an inquisitorial model, with its decisions being final, might be to establish an alternative and concurrent jurisdiction in the Federal Court. The applicant would have the choice. In practice, most applicants could be expected to choose the tribunal for reasons of cost, speed and convenience, but the availability of the court alternative might help to overcome any political and constitutional difficulties.

IV. A Legal Audit

An alternative that the author has considered is whether fidelity to law in government departments and agencies might be promoted by some form of legal audit. The potential contribution of the legal profession to fidelity to law is surely not confined to its role in adversarial proceedings. Could a government-appointed lawyer function in an audit role, checking records, often by random sample, and interviewing staff to determine whether a department is fulfilling its legal obligations?

The rationale for this suggestion is that there is no necessary correlation between suffering and complaining, and relief from injustice will not come on a sufficiently broad scale if it is only provided in response to the pursuit of a complaint by the victim. Many and probably most citizens do not have professional representation in their dealings with government, and many of the categories of people most vulnerable to abuse in governmental decision-making may also be the people who lack the self-confidence, assertiveness or resources to pursue any opportunities that may exist for an appeal.

Government departments and agencies are subject to a financial audit, but this does not address fidelity to law in more than a very limited way. Its traditional purposes have been to ensure that payments are not unauthorized or wasteful, and that revenues are properly accounted for. In more recent years, the financial audit has expanded into other aspects of efficiency. To the extent that it deals with law, however, the financial audit still tends to focus on whether the department or agency has made unauthorized expenditures rather than on whether it is performing its legal obligations.

On reflection, however, the author is skeptical about whether the creation of a legal audit would really be beneficial. In the range of career opportunities available to lawyers, this would probably rank as one of the least glamorous, and it is doubtful whether it would attract the level of talent required to make it effective.

Secondly, many of the statutes in controversial subject areas confer powers rather than impose duties on the administering agencies. If the legal audit were confined to duties, it could miss most of the problem areas. If the legal audit included the exercise of discretionary powers, it could probably do so only in a limited way by reference to certain standard criteria. It could not question the exercise of policy judgment.

Thirdly, law is often a matter of interpretation. The prevailing interpretations would often be those of senior management within the department or agency, who in many cases would themselves be lawyers. They might well feel a legitimate cause for concern if their interpretations were subject to challenge by someone perceived as more junior, and who was seen to lack their understanding of the history, context and purpose of the particular legislation.

The argument is much stronger, however, for a more limited type of audit function. This would be to ensure that whatever rules are being applied by a government department or agency are out in the open. Adjudicative manuals should be available to the public, and adjudicative criteria should be in the manuals. Any secret interpretations of the statute, or other secret adjudicative criteria, whether contained in memoranda or in verbal staff training, should be exposed and published, and the secrecy should be subject to condemnation.

The argument against secret law seems to be generally accepted now in the federal administration in Canada. What remains outstanding is some kind of monitoring to ensure that the prohibition of secret law is effective. This more limited function, however, does not require legal talent. Perhaps it could be added to the responsibilities of the Auditor General.

V. An Ombudsman

Another possibility is obviously the creation of a federal Ombudsman in Canada. This has been the subject of much debate already, and the author will not attempt a further contribution in this paper.

The list in the preceeding five sections covers only reforms that might be adopted on a broad scale. Obviously other developments might be appropriate to particular situations, such as a specialized appellate tribunal or a new internal appeal structure operating with procedural fairness.

CHAPTER ELEVEN

The Way Ahead for Canada

I. Introduction

Some possible options for Canada were summarized in Chapter Ten. The purpose of this chapter is to consider the way in which the matter might develop, particularly having regard to the well-established existence in Canada of sectoral appeal tribunals, and other avenues of appeal in particular subject areas.

The rationale for having any appeals at all has been discussed in another Study Paper (Wilson, 1986), which also described the range of administrative appeal structures currently existing in Canada and the limitations of judicial review.[20] Those matters will, therefore, not be covered in this paper.

II. The Need for Area Studies

Any choice between an administrative appeals tribunal or the continuation of sectoral appeals, or other possible options in relation to appeals, cannot be made intelligently unless it reflects a clear understanding of the significance of the options regarding each subject area covered by the choice. This understanding can only be achieved by an impact analysis relating to each area. The significance of the options will vary greatly among different subject areas according to the substantive nature of the decisions, the public and private interests involved, the policy goals, the composition and organizational structures of the clientele groups, volume, tradition, and the complexity of the subject.

What is being suggested here is not a series of area studies focusing on appeals and aimed at selecting the most appropriate appeal structure for each area. That would be counter-productive. The most appropriate appeal structure for any subject area cannot be considered intelligently in isolation from the structure and nature of primary adjudication, policy-making, regulation-making, investigative techniques and strategies, and sanctions.

---

20. The limitations of judicial review are also discussed in T.G. Ison, "The Sovereignty of the Judiciary" (1986) 27 Les Cahiers de Droit 503.

In other words, no official attempt should be made to identify the appeal structure most appropriate for any particular subject area except as and when the government is ready to undertake a more comprehensive study of that area. An analysis of the problems, the substantive law, the policy goals, the institutional practices and the pressures should come first. It is only in this context that structures for primary adjudication and for appeals can be considered in a way that will enable the implications of the choices to be understood.

Perhaps as one aspect of this concern, any study that was limited to appeal structures would be likely to involve a wrong emphasis. There is an obvious risk of too much weight being given to the adoption or development of general principles, that "reasoning" would be accepted as a substitute for inquiry, and that conclusions would be reached without an adequate understanding of the significance of what was being proposed. Uniformity would also be likely to have an undue influence. For all these reasons the achievement of public-policy objectives would be likely to suffer. Moreover, the extent to which diversity is purposeful or senseless could not be judged fairly in a study limited to appeal structures, and which, therefore, would almost inevitably be biased in favour of uniformity.

Area studies are needed to analyse the significance of lobbying pressures and other manifestations of political power in relation to the subject area, particularly if the subject is one involving conflicts between public-policy objectives and private interests. For example, if the normal incidence of political power in the subject area supports the pursuit of public-policy objectives, an appeal structure may well play a useful role in protecting private interests. Conversely, if the subject is one in which the normal incidence of political power would tend to promote private interests and frustrate the achievement of public-policy objectives, the addition of a new appeal structure might simply aggravate that problem.

Area studies are also needed to ensure that the complexity of each subject area is properly understood. The creation of new appeal structures through any overall study of appeals would run the risk of the bull-in-the-china-shop approach to law reform. The complexity of a subject area could be unrecognized, but that is not the only risk. An inquiry that undertook a general study of appeals would not be in a strong position to question the credibility of assertions of complexity made by the departments or tribunals concerned, and for that reason, the complexity of a subject area could sometimes be overestimated.

Area studies could be carried out with greater sensitivity to the dedication and experience of people in the departments and other agencies whose work might be affected by any new appeal structure. Of course their views might reflect some negative influences, perhaps conflicts of interest, perhaps tunnel vision. Those are reasons for subjecting departmental views to a careful scrutiny, but they are not reasons for ignoring them. Departmental input to a study focusing on the work and output of that department is essential both for accuracy in fact-finding and to promote confidence in the departments about the thoroughness of the inquiries. An inquiry can only reach the required depth of analysis if it is focusing on the role of government in relation to a subject area, rather than on appeal structures.

Finally, any intelligent decision-making about new appeal structures must involve field-work. It must involve a substantial presence of the decision-maker in the

department or agency under study to understand its goals, structure, practices, problems and methods of work. Moreover, the study should probably include survey work. For example, if there is an existing appeal structure, what is the extent of its use? What are the factors that ration its use (delay, cost, location, ritual, pageantry, etc.)? What are the experiences of those who have used the appeal structure, or who have elected not to use it when they might have done? What is the feedback influence of appellate decisions on primary adjudication? Does the existing appellate structure tend to promote or defeat the policy goals of the system? Other inquiries could be directed to the abuse of any existing appeal structure, and to the prospect of abuse of any proposed innovation. Existing statistics and other recorded data are generally inadequate to answer the crucial questions.

There is a risk that the results of this process could reflect and perpetuate irrational differences. The recommendations resulting from subject area studies might vary, not merely in response to differences of need discovered in the process of investigation, but according to differences in values among different investigators that lead them to begin their work with different assumptions, or to weigh the variables differently. While this risk may be a real one, the author believes, for the reasons explained earlier, that it is a risk that should be taken. Moreover, it is a risk that can be reduced by the production of some general guidelines; the following comments attempt to make a preliminary contribution to that process.

III. The Procedural Dilemma

While it has been argued that the only efficient way to consider the revision of appeal structures is by area studies that also deal with other aspects of the areas, this may be politically the most difficult way of proceeding. Whether one favours the development of an administrative appeals tribunal functioning on an inquisitorial model (as the author prefers), or one operating on an adversarial model (as in Australia), or some other reform in appeal structures, the process of consideration suggested above involves an inherent dilemma. One could not establish a new appellate tribunal without concurrently providing for it to have some jurisdiction. On the other hand, one could not, through a series of area studies, propose any jurisdiction for a new tribunal unless the creation of that tribunal has reached at least the design stage.

The author feels, therefore, that the best course would be to proceed in the following stages:

1. Publication of the working papers.
2. If, after considering the feedback, the Law Reform Commission should decide in favour of some kind of administrative appeals tribunal, publication of a report that would include
   (a) the design of the proposed tribunal (but without recommending any particular jurisdiction); and
   (b) guidelines for development of the jurisdiction of the tribunal in subsequent subject area studies.

The need for these area studies has been explained above, and some suggested guidelines will be mentioned below.

3. Consideration of appeal structures in the context of subject area studies. Most activities of government are subject to review from time to time, sometimes by a Royal Commission, sometimes by the Law Reform Commission, and sometimes by some other type of inquiry. The selection of the most appropriate appeal structure for any particular subject area should be considered in those contexts. The need for such consideration might also be a part of the stimulus for creating a commission of inquiry in relation to a subject area.

4. As soon as some substantial jurisdiction has been determined for the administrative appeals tribunal, a Bill establishing the tribunal could be introduced in Parliament.

Alternative procedural options exist. One would be to have a single continuing body (like the Administrative Review Council in Australia) making the recommendations relating to the jurisdiction of the administrative appeals tribunal. But that could involve an indefensible bias in favour of inclusion, which would be aggravated if, in practice, an onus were placed on each department or agency to justify any exception to the jurisdiction. The main objection to such options, however, is that they would involve changing appellate structures without an adequate understanding of the significance of what is being done in relation to each subject area.

Although it is proposed that decisions about the revision of appellate structures ought to be made in the context of subject area studies, something more of a general nature can be said about the development of appellate structures in Canadian public administration. The comments that follow might also serve as a starting point for the development of the guidelines just suggested under point 2(b).

IV. The Option of No Appeal

The proposition that "there has to be some kind of external appeal" (see Wilson, 1986) is not one that should be accepted as a starting point. There exist a great variety and volume of governmental decisions on which there would surely be a consensus that no right of appeal should exist, or about which the wisdom of any right of appeal would be debatable.

First, there are the decisions of a type traditionally classified as administrative: the decision of a prison administrator about what kind of chairs to order, for example, or whether to paint the corridor walls. There is probably a consensus that the establishment of an appeal structure for decisions of that type would not produce any public benefit worth the cost. Any complaints about decisions of that type are generally considered more appropriate for administrative or political processes, and of course such decisions are also subject to scrutiny by the Auditor General.

Secondly, there are rationing situations where the number of applicants or contenders exceeds the number of applications that can be granted, or the number of awards that can be made. Examples might include the award of government contracts,

grants, prizes, appointments, and promotions. In at least some of these situations it might be impossible to allow any right of appeal to a disappointed applicant or contender without creating damaging delays in the decision-making, and without creating at least embarrassment for innocent people who have been successful in the process. In several of these situations, furthermore, a right of appeal could be a negative influence on the integrity of initial decision-making.

Thirdly, there are the situations where an applicant for something (for example, a pilot's licence) may be required to pass some kind of examination or test as a condition of eligibility. Any complaints about the propriety of the test can be difficult to investigate, and can also become a diversion from the merits. In at least some of these situations a right of appeal might well be counter-productive, and an opportunity to be retested or re-examined may be more appropriate.

Fourthly, in some subject areas the decisions at first instance are already made by a sophisticated administrative tribunal operating on a due-process model. In these situations, any right of appeal or further right of appeal could be counter-productive, particularly if the proceedings have already been complex or lengthy, or if the resolution of the matter is urgent. Moreover, any new right of appeal could generate oppression, abuse and injustice if the subject area were one involving disputes between parties with different levels of resources.

Fifthly, there are the tribunals, such as the Canada Labour Relations Board, whose membership includes people considered to be representative of the interest groups affected by the decisions. It may well be inappropriate for decisions of a tribunal composed in that way to be subject to any appeal to a tribunal of more general jurisdiction.

This last example, however, leads to another point. While the composition of labour relations boards qualifies them to deal with the bulk of the cases they decide, it may be almost a disqualification from dealing with certain types of cases. For example, it may well be thought inappropriate to have a labour representative drawn from a sector of the trade-union movement and a management representative both adjudicating on a case that is essentially a dispute between two unions. The same composition may also be inappropriate where a worker disputes a position taken by both his union and his employer. These problems can be ameliorated, but they cannot be solved, by adjusting the composition of a labour relations board for such cases.

There is something to be said for the view that those types of cases should be decided by a different tribunal. If that view were to be accepted, however, the different tribunal should be one that deals with those cases at first instance, not on appeal. This may illustrate a point of broader application. If any kind of administrative appeals tribunal is to be created, it may be unwise and unnecessary to stipulate that its jurisdiction should be exclusively appellate. There may be a limited range of matters that it would be appropriate for the tribunal to decide at first instance, and this option could well be included in the design.

The examples mentioned under this heading are not intended to be exhaustive. They are mentioned to demonstrate why any development of new rights of appeal should proceed cautiously, and why the process should not begin with any assumption that a right of appeal is always desirable.

V. Internal Appeals

Where it is accepted that a right of appeal should lie from any decision, it seems to be the instinct of many lawyers to believe that the appeal should be to a body that is external to the institution of primary adjudication, and that is independent. Yet in some senses of the term, an internal appeal structure may be more "independent" than an external one. For example, if the system is one in which primary adjudication is done by a large number of adjudicators on the staff of a board, and an appeal lies from their decisions to the commissioners of the board, the appeal may be to people who are geographically separated, who come from a different socio-economic and professional background, who are appointed in a different way, and who may have a broader outlook.

The ordinary court system is often seen as a model, and yet the nature and degree of independence in the ordinary court system is often overestimated. The separation of a court of appeal from a trial court may appear in the statutes and in the other formal documents, but the two courts may be more of a blended institution in other ways. For example, the judges are appointed in the same way, they come from the same profession and usually the same socio-economic background, they may be on the same social circuit, and a court of appeal might share a building with the trial court. Yet these features are not generally considered to impair the validity of the appeal structure.

Obviously it would be objectionable if the adjudicators or the managers of primary adjudication were able to give direction to or exercise any control over the appellate body, but internal appeal structures need not operate in that way. For example, in a board structure where the final appeal lies to the commissioners of the board, the appellate body may be giving direction to the primary adjudicators, not vice versa. In that respect, the structure may be similar to the ordinary court system in which appellate tribunals give direction to primary adjudicators about the criteria to be applied.

An internal appeal structure can also co-ordinate the development and application of policy. Once it is recognized that appellate adjudication, at least at the final level, is policy-making, a system can be subject to conflicting policy sources if those who promulgate policy in this way are separated from those who promulgate policy in other ways.

Moreover, if the person who is promulgating policy through the appellate process also has the authority to give executive direction to those responsible for primary adjudication, that person is in a good position to ensure that policy decisions made in the appellate process are applied at first instance. As well as providing for the co-ordinated development of policy, this can help to maintain a basic principle of equal justice: that adjudicative criteria do not vary according to the level at which a case is decided.

Again, it may be possible to attract a higher calibre of personnel to the top level of administration if they also have the final appellate jurisdiction. If appeals at the highest level go elsewhere, primary adjudication is more likely to be under the direction

of someone with a managerial-administrative background who is less sensitive to procedural fairness and other requirements for a good quality of adjudication.

If the chairman of the final appeal tribunal is also the chief executive in relation to primary adjudication, that can have other advantages. Perhaps the most obvious is that the diversity of function can make the appellate position more attractive. Adjudication at any level can become boring if one does nothing else. A more important point, however, is that this structure may enable hearings to be scheduled and decisions to be made without delay. If the chairman of the tribunal is spending most of the time on executive functions of a type not requiring fixed-time appointments, it may be feasible to schedule hearings and write the decisions with no delay at all.[21] Where appeals at the final level are decided by a tribunal that has no executive or other responsibilities, it seems to be in the nature of things for a schedule of pending hearings to build up into a backlog, and for any sense of urgency to be lost.

An internal appeal structure can also facilitate surveillance over primary adjudication, and can be a form of quality control. For example, it can assist the chief executive in identifying types of cases suitable for more senior talent. Moreover, this structure enables the training of primary adjudicators to be achieved by example as well as by instruction. This structure also provides an intelligence source for decisions about personnel selection, qualifications, training, the development of adjudicative criteria, and the institutional literature. If the chairman of the final appeal tribunal and the chief executive responsible for primary adjudication are not the same person, it is unrealistic to believe that these benefits can be achieved by any communication between them, or that they can be achieved to the same extent in any other way.

Of course there can be disadvantages to an internal structure of appeals. Political pressure, or isolation causing intellectual incest, can create a distortion in fact-finding. This can take a most insidious form if the opinions of an internal expert are always accepted at face value and without cross-examination. If the same expert dominates all levels of adjudication, the resulting structure might be no better than the denial of any right of appeal.

The point of this discussion is not to demonstrate that an internal appeal structure is always better than an external one, or vice versa. Rather it is to show why the option of an internal appeal structure should not be discarded or ranked as inferior by any preliminary assertion of principle. It should be among the options considered in subject area studies.

Where it is considered that a system should include both internal and external appeals, there seems to be an instinctive assumption that the final level of appeal should be external. Here again there is no valid reason why the design of an appellate structure should begin with that type of assumption.

---

21. This was the position when the author was chairman of the Workers' Compensation Board in British Columbia. A hearing, if required at the final level of appeal, could be held as soon as the appellant was ready. It was usually held within a few days of receiving the notice of appeal. Decisions were generally issued immediately after or within a week of the hearing. The reason was that most of my time was spent on executive and system-planning functions, and most of this work did not require fixed-time appointments. There was no difficulty, therefore, in giving priority to the appeals.

If the intermediate level of appeal is normally the final level on questions of fact, it might sometimes be possible to capture the advantages of internal and external appeals by making the intermediate level external and the final level of appeal internal. The final appellate tribunal might then be in a better position to ensure that its decisions are followed at first instance, and the problem of conflicting policy sources might be avoided. At the same time an appellant might have the satisfaction of knowing that the conclusions of fact reached in the particular case have been freed from any pressures that might operate within the internal system.

Finally, it is important to recall that this discussion concerns internal systems that have the basic structural and process requirements for an appeal, particularly the right to be heard. For the reasons explained in Chapter Ten, internal processes of reconsideration which lack those requirements ought to be abolished.

VI. Sectoral Appeals or an Administrative Appeals Tribunal

If the Law Reform Commission of Canada eventually recommends in favour of some kind of administrative appeals tribunal and the Government adopts the recommendation, it would have to be determined which decisions should be subject to appeal to the administrative appeals tribunal, and which should be subject to appeal to a sectoral appeal tribunal. It has been argued earlier that these determinations should be made in the context of subject area studies, and not by any sweeping initial decision. These area studies would also include the options of an internal appeal structure and no appeal at all. The following comments relate only to situations for which some kind of external appeal is considered desirable.

Several arguments favour the use of sectoral appeals. Perhaps the most obvious concerns the expertise of the tribunal, particularly where the subject area can be technical and complex, such as patents. Yet a tribunal of general jurisdiction need not be non-expert. It could be established with divisions and with quorum rules requiring, for example, that in certain subject areas two out of three members of the panel should be designated experts in the subject. The inclusion of an intelligent non-expert could provide a measure of innovation that would challenge the assumptions of the experts in a way that would not occur in a purely expert panel, and if the experts are always in a majority, there may be little risk of the generalist doing any harm.

Related to the question of expertise, many types of decisions involve the exercise of discretionary powers. Some of these decisions may require depth in a particular subject area, and therefore be more appropriate to a sectoral appeal, while others may require a breadth of vision that might be found more easily in an appellate tribunal of more general jurisdiction.

The significance of depth and expertise may vary, but perhaps not very much, according to the volume of appellate work. If the volume is high, the required expertise can easily be provided for in the appointments and in the experience of an appellate tribunal of general jurisdiction. If the volume is very low, any required expertise may only be obtainable in a tribunal whose members serve on an occasional and part-time basis. That type of quorum could be designed into an administrative appeals tribunal,

or into a sectoral appeal, but it is probably more easily entrenched in a sectoral appeal structure.

Sometimes it might be considered appropriate that an adjudicating tribunal should include the nominees of interest groups. For example, labour relations and unemployment insurance in Canada have both included tribunals with representatives of labour and management. That type of composition might be possible in an administrative appeals tribunal, but it is more readily achievable in a sectoral tribunal.

Some types of decisions may be purely adjudicative, but in other types of decisions the adjudicative component may be inextricable from the development of departmental or political policies. This has often been said to be the position regarding many types of governmental decisions on transport. Where this is the case, it may well be legitimate to have a sectoral appeal structure that has a connection, properly recognized by statute, with the development of departmental or ministerial policy.

A strong argument for sectoral appeals might be found in any perceived need for procedural diversity, particularly concerning delay. In matters of health and safety, for example, it may be of paramount importance that decisions should be made quickly, and that the tribunal should be adamant in disallowing any adjournment, at least without making an interlocutory order. In another subject area, a more ponderous process could be beneficial, or at least relatively harmless. A liberal attitude to adjournments might accommodate the needs of the parties and facilitate thoroughness in preparation. It could be difficult to accommodate different speeds of functioning and other aspects of procedural diversity in an appellate tribunal of general jurisdiction, and there is an obvious risk of a damaging pressure to procedural uniformity.

Finally, lawyers in general practice may find it cumbersome to familiarize themselves with the procedural variations of a range of tribunals, but someone whose work is concentrated on a particular subject area may, even without legal training, have no difficulty in mastering the processes of a tribunal specializing in that subject. Thus an appellate tribunal of general jurisdiction may tend to attract lawyers in general practice, with a consequential tendency to focus on general principles of law and with a pressure to adopt the procedures of the adversary system. Conversely, a sectoral appeal tribunal may attract fewer lawyers from general practice and more lawyers who specialize in the substantive subject area, together with lay advocates. This may tend to focus the process more on the merits of the case and on the policy and goals of the system. It may also encourage the tribunal to adopt procedures tailored to the subject area.

There are, however, several advantages that an appellate tribunal of more general jurisdiction can have over sectoral appeals. Perhaps the most important ones involve the notions of equality before the law and equality in the distribution of political rights. If the appeals of major corporations and of citizens with low income go to the same tribunal, they might receive the same quality of justice. If they go to different tribunals, there may be a greater prospect that the higher levels of adjudicative talent will deal with the corporate interests and that ordinary people will receive a lesser quality of justice.

Again, an appeal tribunal of general jurisdiction may have a stature that makes it clearly independent of government departments and other agencies. A sectoral appeal

tribunal may be more vulnerable to capture, either by the related government department or other institution of primary adjudication, or by a pressure group. For this reason, too, an administrative appeals tribunal may offer more protection to the rights of those who lack political clout. Related to this, systems intended to protect working people or the unemployed are commonly subject to pressures in their administration that are more negative than the balance struck in the legislative process. If the statutory rights of the groups intended to be protected by the legislation are to be observed, it is essential to have an adjudicative structure that is isolated from political pressures.

A sectoral appeal tribunal may be more vulnerable to improper kinds of political pressure, particularly if a minister, official or powerful lobby group, who or which is known or believed to want certain kinds of decisions, also recommends, controls or decides on the appointments, renewals, promotions, budget or levels of pay at the tribunal.

Another factor, which can be a crucial one, is how in any particular subject area the choice between an administrative appeals tribunal or a sectoral appeal tribunal would affect the centralization or local distribution of appellate facilities. Centralization can help to facilitate uniformity. It might also be harmless in a subject area that requires a high level of expertise which, for other reasons, will be centralized in any event.[22] However, if the appellate tribunal is intended to be accessible to ordinary people, if it is intended to resolve issues of credibility, or if for other reasons local discussion is important, it may be crucial for the appellate facilities to be as local as possible. Whether an administrative appeals tribunal or a sectoral appeal tribunal would be more amenable to decentralization is a question, the answer to which will vary among different subject areas, just as the need for decentralization will vary.

A further significant factor may be the extent to which the particular subject area is discreet compared with the extent to which it intersects with other subject areas. If a particular case is one that involves overlaps between systems, it might be possible to achieve finality, consistency, and a more prompt appellate adjudication with an administrative appeals tribunal structure than with sectoral appeals. Suppose, for example, a person with a disability, or alleged disability, is claiming a veteran's benefit, and also or in the alternative the unemployment insurance sickness benefit followed by a Canada Pension Plan disability pension. Risks of inconsistency might be avoided, delay might be reduced, and a higher quality of justice might be achieved at lower cost, if all of the claims could be brought to finality in one appellate process.

These advantages and disadvantages of an administrative appeals tribunal compared with those of sectoral appeals are not intended to be exhaustive. They are intended to illustrate that the applicability and weight of the advantages and disadvantages will vary greatly among different subject areas. It may well be a sensible outcome, therefore, to develop some kind of administrative appeals tribunal in certain subject areas while leaving sectoral appeals in others.

---

22. Perhaps patents might be an example of this.

VII. Cost

Any type of external appeal tribunal will generally cost more than a purely internal appeal structure. There is, however, no a priori reason why some kind of administrative appeals tribunal would cost more or less than sectoral appeals.

In some subject areas an administrative appeals tribunal may achieve economies of scale, while in others there may be diseconomies of scale. For example, a higher-volume administrative appeals tribunal may enable appeals in different subject areas to share the same premises, communications systems, computer facilities, library resources, laboratory resources, etc. On the other hand, a low-volume sectoral appeal tribunal might be able to function very well without any permanent premises, and the members might be functioning on a part-time basis as required at hourly rates. Greater efficiency may also be achieved through the chairman having more personal control.

Here again the merits of an administrative appeals tribunal compared with those of a sectoral appeal system in any particular subject area can only be assessed by an intensive and empirical study of that subject area, and not by any attempt to develop and then extrapolate from any general principles for the design of appellate structures.

CHAPTER TWELVE

Conclusion

The value of an administrative appeals tribunal compared with that of sectoral appeals cannot properly be determined by developing any principles of broad application. This and other choices relating to appeal structures can only be made most intelligently in the context of subject area studies.

The AAT appears to produce beneficial results in the cases with which it deals, and it also has a strong and beneficial influence on fidelity to law within government departments and agencies. These are major achievements and they were unlikely to have been brought about in other ways. Yet the AAT is still an institution that is collateral to the main problems in quasi-judicial administration.

An appellate structure like the AAT could offer an avenue of appeal to correct the occasional mistakes made in any system of primary adjudication that was well designed and working reasonably well, but commonly that is not the situation. Often the structure of primary adjudication is fundamentally defective, and the jurisdiction of an administrative appeals tribunal may entrench that problem by creating the illusion of a solution. The probabilities are that among those who suffer injustice from the deficiencies in primary adjudication, the administrative appeals tribunal would see no more than a small tip of the iceberg, and only in a proportion of the remainder would the injustice be rectified in some other way.

For decisions of a type that may require investigation, or that may be difficult, controversial, or potentially negative, the need for some basic principles of procedural fairness and for a high calibre of analytical talent is probably as great or greater in primary adjudication as it is on appeal. Yet under the current structure in Australia, as in Canada, the most basic requirements of procedural fairness are commonly ignored in primary adjudication. So too is the need for legal and analytical talent. Then on an appeal to the AAT, there can be an excess of legal talent, and procedural formality can be carried to the excessive extreme of almost rigid adherence to the adversary system. There is a manifest need for a more balanced mixture of legal and other talents at all levels of adjudication.

Observation of the AAT in Australia is an enlightening experience, and we could well learn more from it. Such an institution could be an improvement on existing structures in Canada, but for the reasons explained above, other reforms, and particularly the first three mentioned above, would also offer great promise.

BIBLIOGRAPHY

Administrative Appeals Tribunal 1985 — *Your A.A.T. Hearing: What Will It Be Like?* Pamphlet.

Administrative Review Council 1977 to date — Annual Reports.

Administrative Review Council 1980 — *Jurisdiction of Ombudsman: Working Party Report to Council*

Administrative Review Council 1983 — *Rights of Review under the Migration Act 1958 and Related Legislation: Interim Report on the Constitution of the Administrative Appeals Tribunal.*

Administrative Review Council 1984 — *The Structure and Form of Social Security Appeals.* Report No. 21.

Administrative Review Council 1985 — *The Relationship Between the Ombudsman and the Administrative Appeals Tribunal.* Report No. 22.

Administrative Review Council Quarterly — *Admin Review.*

Balmford, R. 1985 — "The Administrative Appeals Tribunal in Practice," *Administrative Law*, (reprinted from Law Institute Journal) 11.

Burnett, R. 1983 — "The Giving of Reasons," 14 *Federal Law Review* 157.

Butterworths 1977 to date — *Administrative Law Decisions.*

Butterworths Current — *Administrative Law Service.*

Butterworths Current — *Australian Administrative Law Bulletin*, ed. D.C. Pearce.

Campbell, R.M. 1975 — *Ombudsman Bill and Administrative Appeals Tribunal*, Research Paper No. 16 (2) for the Royal Commission on Australian Government Administration.

Carney, T. 1982 — "Social Security Reviews and Appeals in Australia: Atrophy or Growth?" 1 *Australian Journal of Law and Society* 32.

Commonwealth of Australia 1971 — *Commonwealth Administrative Review Committee: Report*. Parliamentary Paper No. 144.

Commonwealth of Australia 1973 — *Committee on Administrative Discretions: Final Report*. Parliamentary Paper No. 316.

Commonwealth of Australia 1976 — Royal Commission on Australian Government Administration, *Report*.

Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman 1984-85 — *Annual Reports*.

Curtis, L.J. 1980 — "Some Reflections on the Administrative Appeals Tribunal," *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Curtis, L.J. 1985 — *Administrative Law Reform—Impact on Public Sector Management*, Paper presented at the National Government Accounting Convention, Adelaide.

Davey, R.C. 1980 — "The Administrative Impact of the Administrative Appeals Tribunal on the Australian Government Retirement Benefits Office," *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Davey, R.C. 1983 — "The New Administrative Law: A Commentary on Cost," 42 *Australian Journal of Public Administration* 261.

Davey, R. 1985 — *The Ombudsman Through the Looking Glass*. Unpublished.

Department of Social Security 1984 — *Guidelines for Review Officers*.

Goldring, J. 1981 — "The Accountability of Public Administrators and the Rule of Law in Australia," 1 *Lawasia* 326.

Goldring, J. 1982 — "Responsible Government and the Administrative Appeals Tribunal," 13 *Federal Law Review* 90.

Griffiths, J. 1985 — "The Administrative Review Council," *Administrative Law*, (reprinted from the Law Institute Journal) 27.

Gyles, R.V. 1980 — "The Barrister's View," *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Hall, A.N. 1981 — "Administrative Review Before the Administrative Appeals Tribunal—A Fresh Approach to Dispute Resolution? Part I," 12 *Federal Law Review* 71.

Hall, A.N. 1983 "Aspects of Federal Jurisdiction: The Administrative Appeals Tribunal (Cth)," 57 *Australian Law Journal* 389.

Hall, A.N. 1986 The Jurisdiction of the Administrative Appeals Tribunal in Customs Matters," 14 *Australian Business Law Review* 157.

Ison, T.G. 1986 "The Therapeutic Significance of Compensation Structures," 64 *Canadian Bar Review* 605.

Ison, T.G. 1986 "The Sovereignty of the Judiciary," 27 *Les Cahiers de Droit* 503.

Kirby, M.D. 1980 "Administrative Review on the Merits: The Right or Preferable Decision," 6 *Monash University Law Review* 171.

Kirby, M.D. 1981 "Administrative Review: Beyond the Frontier Marked 'Policy—Lawyers Keep Out'," 12 *Federal Law Review* 121.

Law Reform Commission of Canada 1980 *Report on Judicial Review and the Federal Court*, Report No. 14.

Law Reform Commission of Canada 1985 *Report on Independent Administrative Agencies: A Framework for Decision Making*, Report No. 26.

Lucire, Y. 1982 "Doctors, Politics and Invalid Pensions: A Review of the First 50 AAT Decisions," 7 *Legal Service Bulletin* 275.

Moon, G. 1985 "Department of Social Security: Beyond Judicial and Ministerial Control?" 10 *Legal Service Bulletin* 230.

Mullan, D.J. 1983 "Alternatives to Judicial Review of Administrative Action—The Commonwealth of Australia's Administrative Appeals Tribunal," 43 *Revue du Barreau* 569.

Osborne, G. 1982 "Inquisitorial Procedure in the Administrative Appeals Tribunal —A Comparative Perspective," 13 *Federal Law Review* 150.

Palk, L. 1983 *Law Reform in Action: The Impact of the New Administrative Law on the Department of Social Security*, Honours Thesis, University of Adelaide.

Parliament of the Commonwealth of Australia 1986 *Parliamentary Debates*, New ser. Vol. H. of R. 150 (19 August to 25 September 1986).

Peiris, G.L. 1986 "The Administrative Appeals Tribunal of Australia: the First Decade," 6 *Legal Studies* 303.

Ross, K. 1980 "The Workings of the Tribunal," *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Skehill, S.F. 1980 "The Departmental Advocate's View," *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Sweeney, D. 1984 — "Recovery of Social Security Overpayments," 7 *University of New South Wales Law Journal* 317.

Taylor, G.D.S. 1984 — "The Deportation Jurisdiction of the Administrative Appeals Tribunal," 37 *Administrative Law Service* 5065.

Todd, R.K. 1981 — "Administrative Review Before the Administrative Appeals Tribunal—A Fresh Approach to Dispute Resolution? Part II," 12 *Federal Law Review* 95.

Vosburgh, M. 1986 — "Implementation Analysis: The Case of Accident Compensation in New Zealand," 9 *Evaluation and Program Planning* 49.

Wilson, D. 1986 — *Rethinking Administrative Appeals*, Working Paper for the Law Reform Commission of Canada. Unpublished.

TABLE OF CASES

Drake v. *Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, [1979] 24 Australian Law Reports 577.

Fagan v. *Crimes Compensation Board*, [1982] 4 Administrative Law Notes N234.

McDonald v. *Director-General of Social Security*, [1984] 6 A.L.D. 6.

Operation Dismantle Inc. v. *R.*, [1985] 1 S.C.R. 441.

Re Brian Lawlor Automotive Pty Ltd and Collector of Customs (New South Wales), [1978] 1 A.L.D. 167.

Re Control Investment Pty Ltd and ORS and Australian Broadcasting Tribunal (No. 2), [1981] 3 A.L.D. 88.

Re Control Investment Pty Ltd and ORS and Australian Broadcasting Tribunal (No. 3), [1981] 4 A.L.D. 1.

Re Dart and Director-General of Social Services, [1982] 4 A.L.D. 553.

Re Duncan and Director-General of Health, [1980] 3 A.L.D. 18.

Re Holbrook and Australian Postal Commission, [1983] 5 Administrative Law Notes N46.

Re Kay and Secretary, Department of Social Security, [1985] 9 A.L.D. 177.

Re Keane and Australian Postal Commission, [1977] 1 A.L.D. 53.

Re Korovesis and Director-General of Social Security, [1983] 6 A.L.D. 244.

Re Mutimer and Australian Telecommunications Commission, [1984] 6 Administrative Law Notes N29.

Re Reeve and Commissioner for Superannuation, [1981] 3 A.L.D. 249.

Re Sullivan and Secretary, Department of Transport (No 3), [1979] 2 A.L.D. 502.

Re Tobin and Department of Transport, [1977] 1 A.L.D. 7.

Roesler and Secretary to Department of Social Security, [1985] 27 Social Security Reporter 333.

TABLE OF STATUTES

Australia

Administrative Appeals Tribunal Act 1975, 1975, No. 91.

Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977, 1977, No. 59.

Biological Control Act 1984, 1984, No. 139.

Customs and Excise Legislation Amendment Act (No. 2) 1985, 1985, No. 175.

Environment Protection (Sea Dumping) Act 1981, 1981, No. 101.

Freedom of Information Act 1982, 1982, No. 3.

Grain Legumes Levy Collection Act 1985, 1985, No. 107.

Interstate Road Transport Act 1985, 1985, No. 130.

Marriage Act 1961, 1961, No. 12.

Ombudsman Act 1976, 1976, No. 181.

Sales Tax Assessment Act (No. 1) 1930, 1930, No. 250.

Social Security Act 1947, 1947, No. 26.

Subsidy (Grain Harvesters and Equipment) Act 1985, 1985, No. 183.

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

le tribunal d'appel administratif d'Australie

SÉRIE DROIT ADMINISTRATIF

DOCUMENT D'ÉTUDE

Canada

LE TRIBUNAL D'APPEL ADMINISTRATIF D'AUSTRALIE

Série droit administratif

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1989
N° de catalogue J32-3/42
ISBN 0-662-56348-4

LE TRIBUNAL D'APPEL ADMINISTRATIF D'AUSTRALIE

Série droit administratif

Document d'étude préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

Terence G. Ison, LL.D., Professeur,
Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, Ontario

Table des matières

RÉFÉRENCES VII

ABRÉVIATIONS VII

CHAPITRE PREMIER : Introduction et historique 1

CHAPITRE DEUX : La compétence du Tribunal 3

I. Le cadre formel 3
II. L'étendue de sa compétence 5
III. Comparaison avec le contrôle judiciaire 6
IV. Rapprochement avec les pouvoirs de l'Ombudsman 7
V. Les recours parallèles 8
VI. Les limites pratiques de la compétence du Tribunal d'appel administratif 9
VII. Les limites de l'efficacité 9
VIII. L'accès à l'information 10

CHAPITRE TROIS : La structure du Tribunal 11

I. La structure formelle 11
II. Les locaux et le personnel 11
III. La concentration urbaine 12
IV. L'appel à la Cour fédérale 13

CHAPITRE QUATRE La procédure 15

I. La publicité sur l'existence d'un droit d'appel 15
II. La formation de l'appel 15
III. La procédure contradictoire 16
IV. Le calendrier des audiences 20
V. Les conférences préparatoires à l'audience 20
VI. Le fardeau de la preuve 22
VII. Les retards 23
VIII. La représentation 24
IX. Les motifs des décisions 24
X. La question des dépens 25

CHAPITRE CINQ : L'influence du Tribunal d'appel administratif sur l'Administration 27

I. Introduction 27
II. L'échange d'information 27

III. Le respect du droit au sein de l'Administration 28
IV. L'influence au niveau de la décision initiale 32
V. Le réexamen 35
VI. L'amélioration de la qualité des dossiers 38
VII. Les politiques contradictoires émanant d'organismes différents 38

CHAPITRE SIX : Le respect du droit 41

CHAPITRE SEPT : La surveillance et la révision du système 43

CHAPITRE HUIT : Le rôle prépondérant des avocats 45

CHAPITRE NEUF : L'évaluation globale de l'approche australienne 47

I. Introduction 47
II. Les réactions australiennes 47
III. Les tribunaux d'appel spécialisés 48
IV. Les succès du Tribunal d'appel administratif 49
V. Les limites de l'action du Tribunal d'appel administratif 49
VI. Les effets temporaires et permanents 51
VII. Les variations selon le secteur d'activité 51

CHAPITRE DIX : Les solutions offertes au Canada 53

I. La réforme de la prise de décision initiale 54
II. La suppression du réexamen 54
III. Pour un tribunal d'appel administratif de type inquisitoire 55
IV. L'hypothèse d'une vérification juridique 57
V. La création d'un Ombudsman 58

CHAPITRE ONZE : Les perspectives d'avenir pour le Canada 59

I. Introduction 59
II. La nécessité d'études sectorielles 59
III. Le dilemme procédural 61
IV. La remise en cause du droit d'appel 62
V. Les appels internes 64
VI. L'alternative : les tribunaux d'appel sectoriels ou la juridiction d'appel générale 66
VII. Le coût 69

CHAPITRE DOUZE : Conclusion 71

BIBLIOGRAPHIE 72

TABLE DES ARRÊTS 76

TABLE DES LOIS 77

RÉFÉRENCES

Sauf indication contraire, les numéros d'article renvoient au *Administrative Appeals Tribunal Act* 1975 (Australie), 1975, n° 19 (Loi sur le tribunal d'appel administratif d'Australie), tel que modifié.

ABRÉVIATIONS

AAT	The Administrative Appeals Tribunal (Tribunal d'appel administratif d'Australie)
ACT	Australian Capital Territory (Région de la capitale nationale de l'Australie)
ALD	Administrative Law Decisions (Recueil des décisions rendues en droit administratif)
ARC	Administrative Review Council (Conseil de réforme administrative)
SSAT	Social Security Appeal Tribunal (Tribunal d'appel en matière de sécurité sociale)

CHAPITRE PREMIER

Introduction et historique

Ce document porte sur une innovation en droit administratif, l'*Administrative Appeals Tribunal* : le Tribunal d'appel administratif d'Australie. Au Canada, il n'existe aucune institution analogue. Ce tribunal a été créé par l'*Administrative Appeals Tribunal Act* 1975 et fonctionne depuis le 1er juillet 1976. Sa création s'est inscrite dans le cadre d'une série de réformes du droit administratif du Commonwealth de l'Australie (niveau fédéral), lesquelles comprennent également une révision des mécanismes de contrôle judiciaire, la création d'un Ombudsman du Commonwealth, l'adoption de mesures législatives touchant l'accès à l'information et la création d'un Conseil de réforme administrative, l'*Administrative Review Council*, chargé de fonctions de surveillance et de recherche qui s'étendent à l'ensemble des nouvelles institutions.

L'objet principal de cette étude est le Tribunal d'appel administratif (qui sera désigné par son abréviation australienne AAT), bien que d'autres aspects de la réforme soient également abordés. Les arguments de principe en faveur de l'établissement d'un tribunal semblable à l'AAT sont discutés dans un document connexe préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada (Wilson, 1986). La présente étude vise à proposer de nouvelles perspectives par le biais d'une analyse critique du fonctionnement de l'AAT.

Le projet de création de l'AAT est issu des recommandations contenues dans le *Report of the Commonwealth Administrative Review Committee* de 1971 (Commonwealth d'Australie, 1971), couramment appelé *Rapport Kerr* d'après le nom du président du comité. Composé d'avocats, ce comité n'avait pas, contrairement aux commissions royales, été créé pour enquêter sur des faits. Son rapport présentait un projet détaillé en vue de la création d'un tribunal administratif d'appel, en n'offrant toutefois que peu de faits ou d'arguments à l'appui. Essentiellement, la création du tribunal reposait sur la double constatation de la nécessité d'une voie d'appel extérieure[1], d'une part, et des limites du contrôle judiciaire d'autre part.

Ce document est fondé sur l'examen des ouvrages publiés sur cette question et de diverses études non publiées; une enquête menée sur place auprès du Tribunal d'appel administratif siégeant à Adélaïde, Sydney, Melbourne et Canberra; l'observation du déroulement des audiences et des entretiens avec les membres du Tribunal; des visites sur place et des entretiens dans quatre des ministères ou organismes

1. Commentaire fait à l'auteur par un haut fonctionnaire du Commonwealth, et corroboré à maintes reprises.

dont les décisions sont susceptibles d'appel devant l'AAT; des entretiens avec d'autres membres de l'Administration, des professeurs de droit et des membres de groupements communautaires ayant des relations avec l'AAT. Les visites et les entretiens ont eu lieu entre août et novembre 1985. Ce document est à jour au mois de novembre 1986, sauf indication contraire.

CHAPITRE DEUX

La compétence du Tribunal

I. Le cadre formel

Au départ, l'AAT ne connaissait en appel que des décisions rendues par quelques ministères ou organismes administratifs, mais graduellement les limites de cette compétence d'attribution ont été élargies, si bien qu'à l'heure actuelle, l'AAT possède une juridiction étendue, sinon tout à fait générale, à l'égard des décisions rendues par les ministères et certains tribunaux administratifs.

Les limites initiales de cette juridiction ont été définies par l'*Administrative Appeals Tribunal Act* 1975. Toutefois, les nouvelles attributions de l'AAT découlent de lois particulières portant sur divers secteurs d'intervention. On trouve par exemple des dispositions attributives de juridiction dans divers textes récents, tels le *Customs and Excise Legislation Amendment Act (N° 2) 1985*, le *Grain Legumes Levy Collection Act 1985*, l'*Interstate Road Transport Act 1985*, et le *Subsidy (Grain Harvesters and Equipment) Act 1985*[2].

Il n'est pas possible de résumer en une seule formule la compétence du Tribunal. Globalement, elle s'étend aux décisions par lesquelles un ministère ou autre organisme administratif tranche une question ou statue sur un cas (et pour des raisons propres au droit constitutionnel, les tribunaux dénomment «décision administrative» ce type de décisions). En règle générale, la juridiction de l'AAT n'embrasse pas les décisions prises par les ministères dans le cadre de l'élaboration des objectifs publics, de la préparation de textes législatifs ou réglementaires, de la diplomatie, des opérations commerciales de l'État ou de la prestation d'un grand nombre de services. En revanche, l'exercice de nombreux pouvoirs discrétionnaires relève de sa compétence.

Pour une grande part, le champ de compétence de l'AAT était nouveau. Dans certains domaines, par contre, il ne faisait que reprendre la juridiction d'un tribunal existant, notamment là où le nombre d'appels portés devant ce tribunal était réduit, de sorte qu'une fusion allait permettre des économies d'échelle.

Pour ce qui est de la plupart des ministères ou organismes administratifs, l'AAT peut examiner l'appel interjeté d'une décision initiale, même si la loi prévoit souvent le réexamen obligatoire de la décision en cause par le ministère ou l'organisme intéressé. Dans certains domaines, il existe également un palier d'appel intermédiaire.

---

2. «New Jurisdiction», (1986) *Admin. Review* 105.

La situation est plus complexe dans le domaine de la sécurité sociale. Au sein du ministère de la Sécurité sociale, il existe une procédure de réexamen à l'issue de laquelle un appel peut être interjeté devant un tribunal de la Sécurité sociale (le *Social Security Appeals Tribunal* ou, en abrégé, SSAT), dont les membres sont recrutés localement. Ce tribunal présente une recommandation au ministre (en pratique, à des fonctionnaires supérieurs du ministère, à Canberra). Ces recommandations sont généralement suivies. Si le demandeur n'est pas satisfait du résultat obtenu au terme de ce long processus, il peut porter le litige devant l'AAT.

Ont été exclus du champ de compétence de l'AAT certains domaines spécialisés pour lesquels avait déjà été établie une juridiction d'appel destinée à statuer sur un nombre assez important d'affaires. À cet égard, l'exemple le plus révélateur est sans doute celui de l'impôt sur le revenu, bien que la compétence de l'AAT en matière fiscale tende à s'accroître.

On trouve dans le rapport annuel de l'Administrative Review Council de 1984-1985[3], une liste détaillée des matières relevant de la compétence du Tribunal; en voici des exemples :

(1) *Réglementation de la navigation aérienne* : «Toute décision portant refus, suspension, modification ou annulation d'un certificat ou permis, autrement qu'en vertu des règlements 256 ou 257».

(2) *Législation de 1984 sur la lutte biologique* : «Décision de ne pas entreprendre divers types d'enquête; décision de ne pas publier un avis relatif à une proposition d'espèce ennemie; décision de faire une déclaration d'urgence; révocation d'une déclaration; déclaration relative à la désignation d'une espèce cible; espèces ennemies et espèces déjà répandues en cas d'observations contradictoires».

(3) *Réglementation relative au Great Barrier Reef Marine Park* : «Décision portant refus, suspension ou révocation de la permission de décharger ou de stocker des déchets».

(4) *Législation de 1961 sur le mariage* : «Refus d'inscrire un ministre du culte sur la liste des personnes habilitées à célébrer le mariage; radiation du registre».

(5) *Réglementation des brevets* : «Audition par le commissaire sur avis d'opposition à la réinscription d'une demande caduque; octroi ou rejet d'une demande de licence en cas de réinscription d'une demande caduque; décision relative à une demande de réinscription d'un brevet périmé; demande de licence».

(6) *Législation de 1930 sur la perception de la taxe de vente* : «Refus d'inscrire un fabricant ou un grossiste; décision exigeant un dépôt de garantie; décision exigeant une nouvelle garantie ou un dépôt supplémentaire; décision interdisant à une personne inscrite de coter un certificat; refus de délivrer un certificat; révocation d'une inscription».

Il semble cependant que peu d'appels aient été interjetés en vertu des textes législatifs concernés. Le nombre le plus important d'appels, soit 31,3 pour 100 de l'ensemble des demandes portées devant l'AAT au cours de l'exercice 1984-1985, étaient liés à l'application du *Social Security Act* 1947. Parmi d'autres domaines dont l'importance quantitative des appels est comparable, il faut relever l'indemnisation des accidents du travail pour les employés du Commonwealth (les employés fédéraux) (10,5

3. ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL (ci-après désigné ARC), *Ninth Annual Report: 1984-1985*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1985, p. 83-107.

pour 100), les dégrèvements fiscaux en matière de douane, de taxe d'accise et de taxe sur le gas-oil (9,5 pour 100), le régime d'aide aux malades isolés (*Isolated Patient Travel and Assistance Scheme*) (9,3 pour 100) et les taxes foncières de l'ACT (le territoire de la capitale nationale) (4,6 pour 100). Même si cette question déborde le cadre de notre étude, l'examen des demandes d'accès à l'information formulées en vertu du *Freedom of Information Act* 1982 constitue aussi une part importante du travail de l'AAT (17,6 pour 100)[4].

La juridiction de l'AAT touche l'ensemble des activités du Commonwealth en tant qu'État fédéral et vise également le rôle qu'il joue sur le plan local dans les territoires fédéraux soumis à son administration directe.

Le Tribunal ne peut agir de sa propre initiative. Il doit être saisi de l'affaire par un demandeur, le plus souvent un particulier, mais aussi à l'occasion une personne morale. Le Commonwealth peut, lui aussi, se porter requérant. Les organisations sans personnalité morale le peuvent également lorsque la décision attaquée est reliée à leurs buts et activités (article 27).

II. L'étendue de sa compétence

Le pouvoir de contrôle de l'AAT, en tant que juridiction d'appel, ne souffre généralement aucune limite et correspond à celui des tribunaux judiciaires dans la mesure où les moyens d'appel peuvent porter sur des questions de droit et de compétence (*Re Brian Lawlor*, p. 177). Mais ce pouvoir de contrôle est plus étendu que le pouvoir de contrôle judiciaire car les motifs d'appel peuvent avoir trait à des questions de fond, de même qu'à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Qui plus est, le Tribunal peut exercer tous les droits et pouvoirs discrétionnaires que détient, en vertu de la loi, la personne qui a pris la décision dont il est fait appel (paragraphe 43(1)). Cette disposition a été interprétée comme faisant à l'AAT le devoir d'examiner les décisions sur le fond (*Re Control Investment Pty Ltd.*, 1981, p. 91). Même dans les cas où la décision initiale s'avérerait, après exercice du contrôle juridictionnel, légalement fondée, l'AAT peut exercer un pouvoir de substitution pour imposer ce qui constituerait, à son avis, [TRADUCTION] «la décision juste ou préférable» (*Drake* c. *Minister for Immigration*, 1979, p. 5ø9). Par exemple, à l'occasion d'un appel contre la décision de refuser un permis de pilotage, l'AAT peut non seulement décider que le refus n'était pas fondé, mais peut également ordonner que ce permis soit accordé.

Dans bien des cas où l'AAT fait droit à l'appel, il ne s'agit pas de corriger une erreur manifeste au vu du dossier, mais plutôt de substituer sa propre appréciation des faits dans des cas limites. Par exemple, il peut être appelé à déterminer si un homme qui consacre une partie de son temps à aider sa femme dans la gestion d'un commerce peut avoir droit au statut de chômeur.

Souvent, l'ordonnance rendue par l'AAT laisse une certaine marge d'appréciation. Par exemple, s'agissant d'une affaire d'indemnisation d'accident du travail, l'AAT peut tout simplement admettre la légitimité de la revendication pour laisser ensuite à

4. Ces chiffres sont tirés du Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, p. 109.

l'organisme administratif compétent le soin de calculer le montant des versements. Dans d'autres cas, l'AAT va non seulement accueillir la demande mais également préciser le montant de ces versements.

D'une manière générale, la décision rendue par l'AAT lie le ministère ou le tribunal administratif qui a rendu la décision initiale. En matière de déportation, le ministre peut refuser d'exécuter la décision rendue par l'AAT, quoique ce pouvoir soit rarement exercé. Il existe également certaines situations où l'AAT peut donner son avis à titre consultatif à l'égard, par exemple, d'un versement à titre gracieux.

Le pouvoir de contrôle de l'AAT est par ailleurs assujetti à une limite importante en raison du recours fréquent aux certificats médicaux et surtout de la force probante qui leur est reconnue par la loi. Souvent, la remise d'un tel certificat suppose non seulement le règlement préalable de questions d'ordre médical, mais également de questions de droit, d'orientation administrative et de faits de nature non médicale. Ces certificats s'imposent fréquemment au décideur initial et par le fait même à l'AAT.

III. Comparaison avec le contrôle judiciaire

Par rapport au contrôle judiciaire, on peut résumer de la manière suivante les avantages offerts par les attributions de l'AAT :

(1) Puisque le Tribunal doit examiner le fond du litige, les parties sont admises à présenter toute preuve pertinente. Les arguments de fond sont développés ouvertement sans que les avocats aient besoin de recourir à des voies détournées pour orienter le Tribunal. Cela permet d'éviter que celui-ci, tout en prétendant s'appuyer sur d'autres critères, puisse être influencé par une conclusion erronée quant au fond, découlant d'une connaissance insuffisante du dossier.

(2) Le Tribunal tente d'en arriver à la décision juste ou préférable en l'espèce, en fonction de la preuve présentée à l'audience. La procédure ressemble ainsi davantage à un procès *de novo* qu'à une procédure de révision. Lorsque le Tribunal modifie la décision initiale autrement que sur un point de droit, c'est souvent, voire la plupart du temps, en raison de preuves qui n'ont pas été considérées au moment de la décision initiale.

(3) D'une manière générale, les ministères sont représentés devant l'AAT par leurs propres conseillers juridiques plutôt que par des avocats du ministère de la Justice. En toute logique, les avocats du ministère ont une meilleure connaissance du domaine en cause, ainsi que des objectifs et politiques de l'organisme; ils sont mieux préparés pour apprécier la valeur des éléments de preuve.

(4) Souvent, on considère que l'AAT est un organisme plus accessible du fait que l'on peut agir sans les services d'un avocat. Auparavant, par exemple, les tribunaux étaient très rarement saisis d'affaires de douane, alors qu'aujourd'hui, ces affaires sont couramment portées à l'attention de l'AAT. Ce phénomène tient d'une part à ce que le requérant ne peut être condamné à régler les frais

de justice de l'intimé, et d'autre part à ce que les agents des douanes sont admis à représenter leur employeur.

(5) Normalement, la décision qui fait suite à l'exercice d'un pouvoir de contrôle judiciaire ne met pas fin au litige. Souvent, au mieux, le requérant obtiendra que l'affaire soit renvoyée devant l'organisme responsable de la décision initiale, à charge pour celui-ci d'adopter une procédure différente ou de retenir d'autres critères. Les décisions de l'AAT constituent en revanche un règlement définitif sur le fond.

(6) Aucune affaire n'est portée devant l'AAT avant que l'organisme compétent ait rendu une décision définitive. L'AAT est alors impuissant à prévenir un excès de pouvoir, mais cela présente l'avantage d'éviter que le pourvoi devant l'AAT soit utilisé à des fins dilatoires.

IV. Rapprochement avec les pouvoirs de l'Ombudsman

En bref, voici les principales différences entre l'AAT et l'Ombudsman :

[1] L'Ombudsman est chargé d'enquêter sur des plaintes relatives à des fautes administratives *alors que* l'AAT révise des décisions quant à leur bien-fondé ou leur opportunité.

[2] L'Ombudsman ne fait que recommander *alors que* l'AAT tranche.

[3] L'Ombudsman peut statuer assez rapidement sur une simple plainte verbale, *alors que* la procédure devant l'AAT, pour être généralement plus longue, n'en est pas moins jalonnée de délais plus facilement calculables.

[4] Devant l'Ombudsman, le plaignant n'a qu'à formuler une plainte et à fournir les renseignements dont il dispose, *alors que*, devant l'AAT, la procédure exige plus d'initiative, une motivation accrue et des moyens matériels plus importants.

[5] L'on peut engager une procédure devant l'Ombudsman de façon très informelle, par exemple par téléphone. L'enquête est menée sans formalités, *alors que*, devant l'AAT, la procédure doit être engagée au moyen d'une demande écrite, dans les délais prescrits, et obéit aux règles d'une audience publique.

[6] L'Ombudsman peut accorder un redressement même lorsque la décision en cause est conforme à une règle de droit, à une disposition législative ou à la pratique suivie par l'Administration, notamment s'il considère que ces normes ou pratiques sont déraisonnables ou injustes, *alors que* l'AAT reste soumis aux mêmes contraintes légales que le décideur.

[7] L'Ombudsman peut recourir à diverses techniques d'enquête, *alors que* l'examen auquel se livre l'AAT est de type juridictionnel et comporte toujours, dans une certaine mesure, un débat contradictoire.

[8] L'Ombudsman n'est pas tenu d'entendre le citoyen qui se dit victime d'une faute administrative, *alors que*, devant l'AAT, les demandeurs ont le droit d'être entendus.

[9] La procédure suivie par l'Ombudsman conserve un caractère confidentiel. Le citoyen concerné a le droit d'obtenir les détails de l'enquête mais ne peut obtenir de plein droit

copie des documents rassemblés par l'Ombudsman durant cette enquête, *alors que*, devant l'AAT, la procédure est publique et le citoyen concerné a le droit d'examiner les documents retenus aux fins de la décision. Il a également le droit d'obtenir copie des motifs écrits de cette décision (Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, p. 10-11).

V. Les recours parallèles

La juridiction de l'AAT n'exclut pas nécessairement le contrôle judiciaire, le dépôt d'une plainte devant l'Ombudsman, ni d'autres recours, telle une lettre adressée à un député.

Pour les raisons expliquées à la section IV, un requérant peut préférer s'adresser à l'Ombudsman plutôt qu'à l'AAT, ou vice versa. Le recours à l'AAT est généralement préféré au contrôle judiciaire, encore qu'il n'en soit pas toujours ainsi, même en cas de compétence concurrente. Si, par exemple, l'affaire ne porte que sur un point de droit ou une question de compétence qui devront de toute manière être soumises à la Cour fédérale, il peut être plus expéditif de recourir immédiatement au contrôle judiciaire plutôt que d'en appeler à l'AAT.

En pratique, il n'y a guère de double emploi entre le contrôle judiciaire et l'AAT. Il est très rare qu'un justiciable utilise simultanément ces deux recours. Et si le cas devait se présenter, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'y faire obstacle. Ainsi, l'*Administrative Decisions (Judicial Review) Act* 1977 dispose notamment ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> 10.(2)*b*) La Cour peut à son gré refuser de faire droit à une demande [...] relativement à une décision, à un acte accompli en vue de la prise d'une décision ou au fait de n'avoir pas pris de décision, au motif —
> [...]
> (ii) qu'un texte de loi autre que la présente loi garantit au demandeur le droit de demander à un autre tribunal de réviser cette décision, cet acte ou cette abstention.

Il arrive néanmoins qu'un requérant présente une plainte devant l'Ombudsman en même temps qu'un appel devant l'ATT. En pareil cas, l'organisme qui a pris la décision initiale peut informer l'Ombudsman de ce double recours; en général, l'Ombudsman suspend son enquête, à tout le moins jusqu'à l'issue des procédures devant l'AAT. À cet égard, les paragraphes 6(2) et (3) de l'*Ombudsman Act* 1976 disposent que lorsque le plaignant se prévaut de la juridiction de l'AAT, l'Ombudsman ne doit pas entamer ni poursuivre d'enquête à moins de raisons spéciales. Et si le plaignant n'a pas eu recours à l'AAT, l'Ombudsman peut décider de ne pas entreprendre d'enquête ou d'abandonner l'enquête en cours, s'il considère qu'il aurait été raisonnable que l'AAT soit saisi du dossier.

Dans certains cas, l'Ombudsman peut laisser à l'AAT le soin d'examiner la question principale tout en poursuivant son enquête sur une question incidente. Supposons, par exemple, qu'une personne se plaigne à la fois (a) de mesures dilatoires ou abusives dans la prise de décision initiale, et (b) d'un résultat défavorable.

L'Ombudsman peut décider de suspendre l'enquête relative à (b), abandonnant ainsi la question à l'AAT, et de poursuivre son enquête sur (a) puisque cet aspect de la question ne sera pas tranché par l'AAT.

En 1985, dans son rapport n° 22, l'ARC a examiné de nouveau cette question des relations entre l'Ombudsman et l'AAT :

> [TRADUCTION]
> Le Conseil en est arrivé à la conclusion que les avantages que présente la compétence parallèle sont supérieurs aux inconvénients éventuels qui en résulteraient compte tenu de la nature différente des contrôles exercés par l'Ombudsman et l'AAT. Le Conseil est d'avis que les problèmes soulevés par le double contrôle sont largement atténués par les dispositions actuelles qui confèrent à l'Ombudsman un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité d'une enquête dans les cas où existent d'autres recours, et par les délais prévus pour en appeler devant l'AAT (par. 49).

Cependant, le Conseil présente plus loin dans son rapport des recommandations visant à faciliter le renvoi réciproque d'affaires entre les deux organismes.

VI. Les limites pratiques de la compétence du Tribunal d'appel administratif

Tout organisme administratif a la capacité de veiller à la bonne utilisation de ses ressources. Lorsqu'il s'agit d'un tribunal administratif, il est rare qu'un programme de rationnement soit adopté à la suite d'un débat quelconque. La répartition se fait en fonction de variables telles que les frais, le temps (lenteurs de la procédure), le lieu, les croyances ou les pressions. Nous aurons l'occasion de vérifier, sous les rubriques qui suivent, si ces considérations pratiques peuvent restreindre l'exercice de la juridiction du Tribunal.

VII. Les limites de l'efficacité

Il est habituellement clair, dans tous les cas, que l'AAT a compétence pour examiner le fond du problème dans la perspective d'y substituer une solution différente. En revanche, il n'est pas assuré que l'AAT puisse examiner d'autres questions. Pourtant, si l'AAT refusait de prendre en considération de nouveaux éléments, le processus pourrait finir par ressembler au jeu des serpents et des échelles.

Dans les affaires touchant l'indemnisation des accidents du travail ou la sécurité sociale, il est souvent important, notamment pour des raisons médicales, que le tribunal d'appel de dernier ressort soit compétent pour examiner l'ensemble de l'affaire et non pas seulement une question en particulier. L'AAT a admis cet argument, du moins pour les affaires relatives aux prestations de sécurité sociale. Prenons le cas de la personne qui dépose auprès de la sécurité sociale une demande de pension d'invalidité et qui voit sa demande rejetée. Après avoir suivi les étapes intermédiaires de la révision et de l'appel internes, le demandeur fait appel devant l'AAT, soutenant qu'il a effectivement

droit à une pension d'invalidité. Même s'il estime que le demandeur n'a pas droit à une pension d'invalidité, l'AAT peut examiner la possibilité de verser au demandeur une prestation spéciale, bien que cette solution n'ait jamais été envisagée auparavant[5].

Le formalisme qui caractérise les procédures de l'AAT soulève d'autres problèmes. De manière générale, en matière d'invalidité, le Tribunal n'est pas réellement en mesure d'étudier les possibilités de réadaptation, à moins que l'appel ne porte de façon précise sur ce point. Et à supposer qu'il le soit, les procédures sont souvent trop formelles pour permettre un débat utile sur la question de la réadaptation.

VIII. L'accès à l'information

En plus de sa compétence de principe en appel, l'AAT est également une juridiction de première instance en matière d'accès à l'information. Cette mission n'entre cependant pas dans le cadre de la présente étude.

5. Pour une analyse de ce genre de problème, voir l'affaire *Re Kay*.

CHAPITRE TROIS

La structure du Tribunal

I. La structure formelle

En 1985, le Tribunal comptait 59 membres. Le président doit être choisi parmi les juges de la Cour fédérale (paragraphe 7(1)). De même, plusieurs autres membres du Tribunal ont également occupé la fonction de juge à cette cour. Les présidents adjoints sont généralement des avocats d'expérience ayant déjà occupé des fonctions judiciaires ou siégé à un tribunal administratif. Le Tribunal comprend également des «membres principaux» généralement recrutés parmi les avocats, ainsi que des membres ordinaires appartenant la plupart du temps à d'autres professions ou exerçant d'autres occupations. Si quelques postes sont à temps plein, la plupart, notamment ceux des membres ordinaires, sont à temps partiel. Les audiences se déroulent devant un ou trois membres.

Le Tribunal dispose d'un greffe et de locaux permanents dans chacune des principales villes, où l'on trouve en général un président adjoint et d'autres membres. Cependant, tous les membres ont une compétence territoriale illimitée. De nombreux membres étant nommés à cause de leur compétence dans divers domaines, cela entraîne une certaine spécialisation. En partie pour cette raison, il est fréquent que des membres se déplacent pour siéger en dehors de leur région d'attache.

La plupart des audiences ont lieu dans des locaux permanents, mais, dans certains cas, l'audition peut se dérouler dans une ville de moindre importance ou en zone rurale.

II. Les locaux et le personnel

Chaque siège du Tribunal comprend un greffe, des bureaux et des salles d'audience. Parfois, le Tribunal partage un greffe commun avec la Cour fédérale. Les salles d'audience suivent la disposition traditionnelle des tribunaux, en offrant une tribune qui fait face à des rangées de tables et de chaises destinées aux parties et à leurs représentants. Il y a également une boîte pour les témoins, des places désignées pour le personnel du Tribunal et, derrière les parties, des chaises destinées au public. À Canberra, une disposition de forme ovale a été retenue, mais elle présente le même formalisme.

Dans les diverses villes où siège le Tribunal, les locaux sont en général situés dans le quartier des bureaux d'avocats. Il aurait peut-être été préférable de les situer dans des lieux mieux connus des simples citoyens et plus faciles d'accès pour les personnes handicapées.

Les installations sont organisées en fonction d'une procédure de type contradictoire plutôt qu'inquisitoire. Cela dit, on a très souvent recours à des conférences préparatoires qui se déroulent sans formalisme autour d'une table.

Le personnel affecté aux audiences est assez important : il comprend normalement un assesseur, deux sténographes et un gardien.

Le Tribunal n'a pas de personnel itinérant, ni de personnel chargé d'enquêter sur des faits. Sous ce rapport également, l'organisation du Tribunal est conçue pour une procédure contradictoire plutôt qu'inquisitoire.

III. La concentration urbaine

Pour tous les organismes administratifs, comme pour les grandes entreprises, la prestation de service à la population des villages et des zones rurales soulève des difficultés et, à cet égard, l'AAT ne fait pas exception. Dans les grandes villes, il est facile pour l'AAT de communiquer localement avec l'organisme visé par une demande. Dans les zones rurales, par contre, la personne désireuse de déposer une demande devant l'AAT risque d'avoir à surmonter les diverses difficultés d'ordre psychologique et pratique qu'implique toute communication avec une institution installée dans une ville lointaine. Cela revêt une importance particulière car :

(1) Dans l'exercice de leurs fonctions, les fonctionnaires en poste dans des zones rurales n'ont, en général, que des contacts sporadiques avec leurs collègues et ne sont pas soumis aux mêmes contrôles que ceux qui travaillent en zone urbaine. Par conséquent, le fonctionnaire qui décide de manière illégale, arbitraire, négligente ou même tyrannique, travaille plus souvent en zone rurale que dans une grande ville.

(2) On croit généralement que les habitants des zones rurales acceptent plus facilement les décisions prises par les fonctionnaires[6].

Le problème que soulèvent les services administratifs en zone rurale rappelle les limites inhérentes à tout système de contrôle fondé sur le dépôt de plaintes. Ces difficultés expliquent, du moins dans certains domaines, pourquoi un tel système d'examen ne peut pas être substitué au contrôle périodique de l'activité de l'organisme. La vulnérabilité des résidents de zone rurale est, semble-t-il, reconnue par le ministère de la Sécurité sociale : son service de contrôle des prestations aurait entrepris des enquêtes en vue de mettre au jour les faiblesses du processus décisionnel à l'échelle locale.

---

6. La question a été soulevée au cours de discussions avec des représentants de l'Administration.

IV. L'appel à la Cour fédérale

Sur une question de droit, appel peut être interjeté d'une décision de l'AAT devant la Cour fédérale (art. 44). Dans la conjoncture politique de l'époque, il est probable qu'aucune autre solution ne pouvait être envisagée. Les milieux juridiques auraient sans doute fait d'énormes pressions pour que ce droit d'appel soit institué.

Ce recours présente certains avantages. Il permet, notamment, d'obtenir une décision définitive dans des domaines où le droit n'est pas encore fixé, lorsque, par exemple, des membres de l'AAT ont rendu des décisions différentes pour des cas semblables. En permettant à l'AAT de recevoir l'aval des avocats et des juges, on cherche à lui assurer le prestige et l'influence nécessaires à l'acceptation de son action et de ses décisions par les administrateurs.

En dernière analyse, cependant, l'existence d'un appel devant la Cour fédérale est peut-être nuisible. Elle découle du jeu politique et de l'attrait que représente une structure pyramidale, plutôt que d'une analyse rationnelle des besoins de la population. Il ne semble d'ailleurs pas qu'on ait vraiment cherché à faire une analyse sérieuse de la situation pour déterminer quels intérêts sont servis ou desservis par l'adjonction de ce recours supplémentaire.

Jusqu'à maintenant, il n'y a pas lieu de s'inquiéter de la façon dont la Cour fédérale a statué sur les appels formés à l'encontre des décisions de l'AAT; de fait, les jugements sont généralement bien fondés. En réalité, ce n'est pas tant l'exercice de la compétence de la Cour fédérale qui est à craindre, que l'interférence du mécanisme dans les décisions de l'AAT. Par exemple, c'est ce qui explique sans doute que, le plus souvent, les décisions de l'AAT soient trop longues et rédigées dans le même style que les jugements des tribunaux ordinaires. Ainsi, il n'est pas toujours facile de rendre une décision qui, d'une part, pourra résister à l'analyse de la Cour fédérale et, d'autre part, pourra être comprise par les parties. Par conséquent, l'AAT aura tendance à privilégier la jurisprudence à la littérature spécialisée qui, pourtant, serait susceptible de l'aider à rendre la décision juste ou préférable.

Du reste, les arguments que l'on peut invoquer pour distinguer entre le droit et les objectifs publics sombrent trop souvent dans la spéciosité. Et les efforts gaspillés en vue d'établir cette distinction pour délimiter la compétence de la Cour fédérale pourraient bien finir par compromettre l'élaboration intelligente de principes. D'autre part, si l'AAT est perçu de l'extérieur comme s'inscrivant dans la même hiérarchie que la Cour fédérale, il n'est pas difficile d'imaginer que cette perception puisse susciter chez les membres le désir de manifester leur aptitude à y accéder, au détriment des impératifs propres à la mission de leur tribunal.

Le pire, c'est que la juridiction d'appel de la Cour fédérale est une des raisons pour lesquelles l'AAT a adopté une procédure contradictoire plutôt qu'une procédure inquisitoire.

Il est extrêmement difficile pour l'AAT de répondre aux besoins qui ont été à l'origine de sa création s'il ne possède pas une structure et un mode de fonctionnement adaptés à sa mission, lesquels exigent probablement une distanciation complète par rapport au système judiciaire.

CHAPITRE QUATRE

La procédure

I. La publicité sur l'existence d'un droit d'appel

Lorsqu'un organisme administratif communique à l'intéressé une décision susceptible d'appel à l'AAT, il arrive que la lettre expliquant celle-ci fasse mention du recours dont dispose l'administré. L'AAT fait également l'objet de diverses mesures publicitaires, et son existence est bien connue des divers organismes sociaux chargés de recevoir les griefs et doléances des citoyens.

La décision d'inclure dans toutes les lois concernées, et non pas dans l'*Administrative Appeals Tribunal Act* 1975, les nouveaux secteurs d'intervention assujettis à sa juridiction est une autre mesure qui s'est révélée utile pour faire connaître l'AAT au public. La doctrine qui s'intéresse à un sujet particulier tend en effet à se limiter aux lois relatives à ce sujet, au détriment de l'ensemble de la législation. Cela explique qu'en inscrivant le droit d'appel dans la législation régissant le domaine en cause, on accroît la probabilité que le public en soit informé.

II. La formation de l'appel

Avant de décider d'interjeter appel ou non, le demandeur éventuel peut [TRADUCTION] «par avis écrit demander au décideur de lui fournir par écrit ses conclusions de fait, en le priant de citer les preuves ou les autres éléments sur lesquels ces conclusions sont fondées, et de motiver la décision» (par. 28(1); voir également Burnett, 1986).

L'appel doit être présenté par écrit, notamment au moyen d'un formulaire (demande de révision d'une décision) que l'on peut se procurer auprès de l'AAT. Il s'agit d'un formulaire assez simple mais dont le style gagnerait sans doute à être moins pompeux. Pour remplir le formulaire, le requérant n'a qu'à répondre à sept questions, qui tiennent dans une seule page.

La demande est produite à l'un des greffes de l'AAT. Le greffe avise le ministère ou l'organisme qui a pris la décision frappée d'appel, qui doit alors, dans les vingt-huit jours, transmettre au Tribunal les documents prévus à l'article 37.

III. La procédure contradictoire

Au cours de ses quatre premières années de fonctionnement, il semble que l'AAT se soit montré peu formaliste et ait favorisé une procédure plus inquisitoire qu'à l'heure actuelle. Il était alors plus fréquent de voir des requérants non représentés par avocats, et certains organismes ou ministères, à tout le moins, représentés par des fonctionnaires non juristes. Par la suite, cependant, la procédure est devenue à la fois plus formelle et franchement contradictoire. Maintenant, la représentation par avocat est normale du côté de l'Administration, fréquente chez les requérants. Désormais, la procédure de l'AAT ne présente pour ainsi dire aucune différence avec celle des tribunaux ordinaires.

Il ne s'agit pas non plus de la procédure contradictoire sous sa forme la plus stricte, car l'AAT montre une flexibilité comparable à celle des tribunaux ordinaires. Au moment de la conférence préparatoire, par exemple, un membre du Tribunal pourra faire certaines suggestions en matière de preuve[7]. De même, si une partie se présente sans avocat, le Tribunal pourra diriger l'interrogatoire et «contre-interroger» les témoins de la partie adverse.

À certains égards, le Tribunal peut même aller plus loin. Dans le cas d'une partie qui a besoin d'une expertise médicale dont elle ne peut assumer les frais, par exemple, le Tribunal peut citer le médecin en tant que témoin du Tribunal et lui verser une indemnité sur les fonds publics. Ces pratiques relèvent davantage de l'aide juridique que d'une procédure inquisitoire.

Dans la plupart des cas, le Tribunal ne se livre pas lui-même à une enquête, contrairement à l'Ombudsman qui dispose du personnel nécessaire. Ainsi, les décisions du Tribunal sont fondées principalement sur les preuves et les arguments présentés par les parties. Cela dit, la loi ne lui interdit pas de prendre l'initiative de rechercher des éléments de preuve supplémentaires : il a, de fait, le pouvoir de [TRADUCTION] «s'informer de toute question comme bon lui semble» (al. 53(1)c)). En pratique, toutefois, ce pouvoir n'est que rarement utilisé.

De nombreux demandeurs se présentent en personne quoique divers aspects de la procédure contradictoire, ne serait-ce que la disposition des lieux, en découragent plus d'un. Par exemple, l'avocat représentant le ministère ou l'organisme plaide généralement debout, alors que la plupart des gens n'ont pas l'habitude de parler en public, debout dans une salle d'audience; certains requérants n'ont peut-être pas l'assurance nécessaire. Si le requérant préfère rester assis, le Tribunal ne s'y opposera pas, mais les dimensions de la salle d'audience sont généralement trop grandes pour que cela puisse se faire sans inconvénient. Ajoutons que si l'avocat de l'Administration se lève pour prononcer sa plaidoirie, le requérant craindra peut-être de faire mauvaise impression s'il ne plaide pas debout, lui aussi.

Il faut observer encore une fois que les demandeurs ou les témoins qui n'appartiennent pas aux professions libérales ni au monde des affaires risquent de ne pas supporter les tensions de cette procédure qui, par sa longueur, son formalisme et sa solennité, les met en contact avec des inconnus dans un décor inhabituel. On comprend

---

7. Par exemple, l'aide du Tribunal s'est avérée particulièrement utile dans l'affaire *Re Duncan*.

qu'ils puissent être troublés au moment du contre-interrogatoire, surtout si l'avocat qui représente le ministère ne connaît pas bien le dossier, ou si, pour d'autres raisons, il pose des questions susceptibles d'induire la personne en erreur.

Il est fréquent que l'audience réunisse pour la première fois des gens appartenant à des milieux différents. Le demandeur peut ainsi passer de la tranquillité de son village à l'expérience troublante d'une grande ville. Contrairement aux membres du Tribunal, il pénètre dans un immeuble et dans un forum qui lui sont étrangers. En général, le demandeur est moins instruit que les membres du Tribunal, et, souvent, il exerce un métier qui ne le prépare guère aux difficultés de la communication. Le déroulement de la procédure serait sans doute amélioré et la justice mieux assurée si les membres du Tribunal adoptaient le style de communication propre au demandeur plutôt que de l'obliger à se conformer au leur. Par exemple, en l'invitant à «présenter ses arguments», le Tribunal peut donner l'impression d'une froide condescendance. Comme le signale David Wilson :

> [TRADUCTION]
> Les procédures formelles intimident généralement les membres du grand public et les obligent à se faire représenter ou à abandonner. Cela a pour effet de restreindre l'accès au Tribunal et de limiter la participation populaire au processus de décision. Le formalisme peut également avoir pour effet de favoriser un certain climat d'antagonisme et de faire obstacle à un règlement rapide, amiable et original du litige. De plus, le formalisme augmente le coût des audiences et accroît les probabilités de retard. (Wilson, 1986, p. 14-15).

Les documents préliminaires d'instance peuvent également avoir un effet assez intimidant. Par exemple, on exige maintenant que l'organisme en cause transmette un «affidavit» de réponse, qui expose le point de vue de l'Administration et que le demandeur reçoit souvent à peine une semaine avant l'audience. La personne qui connaît bien la procédure contradictoire considérera la transmission de ce document comme un moyen pratique pour informer de bonne foi le demandeur des arguments à combattre. Et pourtant, le seul mot «AFFIDAVIT» a un effet intimidant lorsqu'il apparaît en caractères gras, en tête d'un document exposant les arguments de l'Administration. De plus, ces documents sont rédigés dans un style protocolaire susceptible de dépasser l'entendement du citoyen ordinaire. Après avoir reçu un document semblable, un certain nombre de demandeurs se désistent ou ne se présentent pas à l'audience. L'explication officielle voudra que le demandeur se soit laissé convaincre par les arguments exposés dans l'affidavit. Mais on ne peut s'empêcher de penser qu'il s'est trouvé un peu intimidé ou dérouté par un formalisme juridique qui l'incite à croire qu'il ne saura pas communiquer avec aisance et efficacité dans le cadre d'une procédure qui ne fait que refléter la culture bureaucratique.

Les statistiques dont nous disposons ne permettent pas d'écarter cette possibilité. Ainsi, pour l'exercice 1984-1985, on constate que 24,2 % des affaires sont classées après désistement du demandeur et que 6,5 % de plus le sont après décision de ne poursuivre l'instance que sur demande expresse des parties (Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, p. 112).

Il n'est donc pas surprenant de voir l'AAT décrit comme [TRADUCTION] «un organisme où un avocat se sentirait à l'aise» (Gyles, 1980, p. 37). Or, ne faudrait-il pas plutôt un tribunal où les citoyens ordinaires se sentiraient à l'aise? Sans doute a-t-on exagéré en affirmant (cité dans Palk, 1983, p. 91) que [TRADUCTION] «c'est par

miracle que l'on passe à travers», mais pareille affirmation illustre une opinion largement répandue.

Parfois, voire souvent, on parvient à surmonter l'obstacle de la procédure contradictoire. Nous avons pu observer sur place un exemple en ce sens, dans une affaire de sécurité sociale portant sur une demande d'indemnité pour un enfant handicapé. Les parents avaient interjeté appel devant l'AAT sans retenir les services d'un avocat. L'interrogatoire et le contre-interrogatoire du père furent longs et pénibles. Avant même que la mère en vienne à subir le contre-interrogatoire, la sincérité et l'honnêteté de ce couple ne faisaient plus de doutes. Renonçant à attaquer la crédibilité de la demande, l'avocat du ministère a néanmoins procédé au contre-interrogatoire de la mère simplement pour obtenir d'autres renseignements. À la troisième question, la mère a répondu qu'elle ne savait pas. Le mari a alors lancé : «Moi, je peux vous le dire»; on l'a laissé répondre à la question. L'avocat du ministère et le président d'audience ont reconnu qu'il serait plus efficace d'atténuer le formalisme de la procédure. L'avocat du ministère a amorcé sa nouvelle question : «L'un de vous pourra peut-être me dire ...». Dès cet instant, le formalisme de la procédure contradictoire a été abandonné, le débat s'est déroulé librement et l'enquête sur les faits a été plus expéditive.

Il faut quand même déplorer que ce soit à l'initiative d'un des demandeurs qu'ait été adoptée une procédure plus expéditive, car on ne peut douter que la lourdeur et le formalisme de la procédure contradictoire auraient été maintenus si les deux parties avaient été représentées par avocat.

La procédure contradictoire incite également l'Administration à ne pas exposer son personnel au contre-interrogatoire et, afin de réduire les risques (entre autres raisons), elle préfère ne pas faire entendre ses fonctionnaires. Ainsi, les personnes clés sont parfois absentes, le ministère n'étant représenté que par un avocat qui n'a pas toujours la réponse aux questions posées par le Tribunal ou le demandeur.

La procédure contradictoire peut aussi avoir pour effet de ralentir encore davantage le processus, surtout lorsque les deux parties sont représentées par avocat, et que chacune cite des experts. Dans les affaires d'invalidité (et ce genre d'affaires, nous l'avons vu, représente une grande partie de l'activité de l'AAT), ce type de procédure où se mêlent lenteur et formalisme peut même avoir des conséquences graves pour l'état de santé du demandeur (Ison, 1986).

Souvent, les avocats de l'Administration essayent de pallier les principaux défauts de la procédure contradictoire en jouant le rôle d'un avocat général, mais cet effort risque d'être de faible portée, et peut même passer pour de l'hypocrisie dans les cas où, au sein même du ministère ou de l'organisme, la préparation du dossier aurait été marquée dès le départ par le parti pris. Ainsi, dans une affaire d'indemnisation d'accident du travail que nous avons pu observer, le questionnaire envoyé par l'Administration au psychiatre-conseil lui demandait d'indiquer si l'incapacité était effectivement due à un accident du travail. En cas de réponse affirmative, le psychiatre devait justifier son opinion avec force détails, alors qu'on ne lui demandait aucunement de motiver une réponse négative.

Parfois, les règles de l'administration financière ont pour effet d'accentuer le formalisme de la procédure devant l'AAT. Par exemple, dans le cas où le Tribunal

estimerait nécessaire de recueillir la déposition du médecin de famille, le versement d'une indemnité de témoin peut être perçu comme conditionné par le respect d'une certaine solennité. Ainsi que l'a expliqué un membre du Tribunal : [TRADUCTION] «Je ne peux pas autoriser le versement d'une indemnité à moins de lancer une citation à comparaître. Nous n'allons tout de même pas lui verser une avance pour qu'il nous parle au téléphone[8]!»

Et pourtant, rien dans la loi n'exige un tel formalisme. Bien au contraire, elle prévoit que [TRADUCTION] «l'instance se déroulera avec aussi peu de formalisme et de rigueur et avec autant de diligence que le permettent les conditions fixées par la loi ou par tout autre texte applicable, et l'examen judicieux des questions soumises au Tribunal» (al. 33(1)*b*)).

Bien sûr, certains accommodements sont possibles. L'avocat du ministère en cause peut rester assis pour répondre à certaines questions posées par le Tribunal, sans que ce dernier ne s'en formalise. L'attachement au formalisme de la procédure contradictoire ne semble pas résulter d'exigences précises formulées en cours d'audience par les membres du Tribunal, mais paraît plutôt lié à l'aménagement des locaux, aux formules et procédures prévues, aux règles de dotation en personnel, aux arrangements budgétaires, aux critères retenus pour la nomination des membres du Tribunal, aux habitudes des membres du barreau, aux tendances et à la gestuelle des membres du Tribunal qui sont juristes, ainsi qu'à la perception des valeurs des membres du Tribunal par les avocats et par d'autres personnes. Face à de telles contraintes, la volonté du législateur de réduire le formalisme risque de rester sans effet.

Lorsqu'un requérant s'avère incapable de répondre aux exigences de la procédure contradictoire, la réaction du Tribunal varie selon ses membres et aussi, parfois, selon la complexité de l'affaire. Dans certains cas, le Tribunal adoptera un mode de communication plus accessible, alors que dans d'autres, il conseillera au demandeur de retenir les services d'un avocat. Faut-il préciser, cependant, que cette deuxième solution crée un obstacle supplémentaire, entraîne un retard de plus, tout en renforçant le caractère contradictoire de la procédure? Une charge supplémentaire pour le budget de l'aide juridique peut aussi en découler dans certains cas.

L'attachement à la procédure de type contradictoire peut soulever d'autres difficultés lorsque la décision frappée d'appel émane d'un organisme qui est également un tribunal. On comprend fort bien qu'un tribunal puisse hésiter à se retrouver partie à un débat de type contradictoire portant sur une affaire relevant de sa compétence juridictionnelle. Dès lors que l'affaire est examinée dans le cadre d'une procédure contradictoire, il serait préférable de prévoir que la représentation de cet organisme sera assurée par une autre autorité administrative[9]. En matière d'accidents du travail, le Commissioner for Commonwealth Employees' Compensation demande au ministère de la Sécurité sociale de le représenter. Pourtant, cette solution aggrave le problème, déjà sérieux, du nombre excessif de participants qui nuit à l'efficacité et à la compréhension des dossiers.

---

8. On trouvera un examen des dispositions législatives sur ce sujet dans *Re Sullivan*.

9. Rien, en droit, ne semblerait interdire à un commissaire ou à un tribunal de comparaître pour répondre à une demande en justice. Ainsi, la High Court d'Australie a décidé qu'un tribunal pouvait comparaître à titre d'intimé dans le cadre d'un appel (*Fagan* c. *Crimes Compensation Board*, 1982).

En réponse aux critiques soulignant le «formalisme excessif» de l'AAT, on mentionne souvent le cas de cette audience où quelqu'un a fait une plaisanterie et provoqué l'hilarité générale. Le requérant, croyant qu'on se moquait de lui, était furieux. En réalité, cette anecdote n'est pas réellement pertinente. Même si la frivolité n'est pas de mise au cours d'une audience, il faut néanmoins éviter de confondre frivolité et absence de formalisme. Le formalisme n'est pas forcément l'opposé de la frivolité et, de fait, les deux font parfois bon ménage.

Il est clair qu'il faudrait instaurer un régime de type inquisitoire où l'art de plaider ne jouerait qu'un rôle secondaire. Cela exigerait sans doute une modification des critères de nomination des membres du Tribunal, afin de tenir la connaissance approfondie du système contradictoire pour un empêchement (ou, à tout le moins, un inconvénient), plutôt que pour un atout.

IV. Le calendrier des audiences

C'est à Canberra qu'est fixé, pour l'ensemble du pays, le calendrier des audiences de l'AAT. Pour l'auteur, il n'est pas évident que cela soit la solution la plus efficace[10]. Certes, ce système permet de planifier le calendrier pour tout le pays, et de régler les déplacements des membres du Tribunal selon les besoins, le président pouvant, dans la composition du Tribunal, tenir compte des domaines de compétence particulière ou des partis pris de chacun.

Parmi divers inconvénients, cependant, il faut signaler qu'en cas de remise d'audience, le Tribunal n'est pas toujours en mesure de confirmer la date de reprise avant d'avoir obtenu l'approbation de Canberra. Le déplacement continuel des membres du Tribunal d'une ville à l'autre peut nuire non seulement à leur santé, mais aussi aux finances de l'État.

L'établissement d'un calendrier central risque également de nuire à la flexibilité des procédures en accréditant l'idée de l'audition unique où les parties doivent jouer le tout pour le tout, incitant celles-ci à s'y préparer avec fébrilité au moyen de conférences préparatoires ou d'audiences préliminaires. Il s'agit là d'un autre élément qui accentue le caractère contradictoire plutôt qu'inquisitoire du processus.

V. Les conférences préparatoires à l'audience

En règle générale, la préparation d'une affaire en vue de son audition au fond comprend au moins une conférence préparatoire ou une audience préliminaire, et peut même en comporter jusqu'à six ou sept. Ces rencontres sont habituellement dirigées par un seul membre du Tribunal, souvent un des membres à temps partiel. En général,

---

10. En effet, on peut craindre qu'il s'agisse de la manifestation du «syndrome de la mère poule» que l'on constate parfois au siège social des organismes publics ou privés.

le membre qui préside la conférence préparatoire ne siégera pas à l'audition de l'affaire, encore que les parties puissent y consentir.

Parfois, ces rencontres préparatoires sont marquées par le même formalisme que l'audition au fond. L'auteur a eu, par exemple, l'occasion d'assister à une audience préliminaire tenue dans la salle d'audience : le membre du Tribunal siégeait du haut de sa tribune et les avocats des parties lui faisaient face, assis à une table installée plus loin. Pendant toute la durée de cette audience préliminaire, qui s'est ouverte par un échange de courbettes, les avocats se levaient ou s'asseyaient selon qu'ils parlaient ou écoutaient. La procédure ne visait pourtant qu'à confirmer un ajournement auquel les parties avaient déjà consenti.

Il faut dire cependant que les conférences préparatoires ont habituellement lieu dans une salle de conférence de dimensions plus réduites, chacun prenant place autour d'une table. Chaque fois que l'auteur a assisté à une conférence préliminaire tenue dans de telles conditions, il a pu constater une plus grande liberté de débat grâce à une atmosphère de collaboration. Dans le cadre des conférences préparatoires, on a parfois recours au téléphone, mais cela ne se fait que rarement pour les audiences au fond[11].

Les conférences préparatoires permettent notamment d'examiner la possibilité d'un règlement, de mieux cerner les questions en cause, de permettre à chaque partie de mieux comprendre les arguments de l'autre, de s'entendre sur les types de preuve à produire par chacun, et de fixer la date de l'audience (sous réserve du calendrier établi à Canberra).

Toutefois, le recours aux conférences préparatoires soulève certains problèmes, notamment celui des retards, surtout dans les affaires qui nécessitent plusieurs de ces rencontres. Après chaque conférence, se pose à nouveau le problème du calendrier et, notamment lorsque les parties sont représentées par avocats, un grand effort de concertation pourra être nécessaire pour arrêter une date qui convienne à de nombreuses personnes par ailleurs fort occupées.

Ajoutons que, règle générale, les questions examinées dans le cadre des conférences préparatoires ne sont pas consignées en vue d'être présentées comme telles au Tribunal. Dans ces conditions, le demandeur risque de ne pas très bien saisir la nécessité d'expliquer encore une fois ce dont il s'agit à l'audience au fond. Mais, chose plus importante encore, les conférences préparatoires risquent de dégénérer en rites improductifs ou peu satisfaisants en vue d'une solution rapide du litige.

Si les parties sont représentées par avocat, il se peut que les demandeurs et les fonctionnaires ne veuillent pas assister personnellement à l'audience ou ne soient pas invités à y participer. Il est courant de voir les avocats plaider en leur absence. Et pourtant, les avocats ne possèdent pas toujours une connaissance approfondie des circonstances de l'affaire, connaissance pourtant nécessaire pour envisager les solutions possibles sur les plans du fond ou de la procédure, pour déterminer les solutions acceptables pour leur client, et même pour savoir quelles preuves sont disponibles. Au cours d'une conférence préparatoire où l'auteur était présent, le membre du Tribunal a posé quelque vingt questions. L'avocat n'a pu répondre qu'à trois de ces vingt questions. Une date a été fixée afin de lui permettre de répondre aux autres. Il se peut

11. L'affaire *Re Duncan* offre l'exemple d'un litige qui a pu être réglé grâce à une communication téléphonique.

aussi que, par rapport à la pertinence des preuves, le membre du Tribunal présidant la conférence préparatoire ne soit pas du même avis que les membres chargés d'entendre l'affaire au fond.

Encore une fois, l'AAT semble avoir copié la procédure judiciaire ordinaire plutôt que de retenir une approche procédurale mieux adaptée à son propre rôle. On peut par exemple penser qu'il aurait été préférable de convoquer simplement une rencontre afin de rechercher une solution pour chaque affaire (sauf, évidemment, dans les cas où une telle rencontre est superflue). La grande majorité des cas pourraient être réglés de cette manière, quitte à convoquer une rencontre supplémentaire au besoin.

Dans le cadre actuel, la première rencontre (la conférence préparatoire) permet de clore les affaires où il peut y avoir règlement amiable ou désistement, ou encore lorsque l'Administration admet son erreur. Selon une solution actuellement envisagée, la première rencontre aboutirait à une décision non seulement dans ces cas-là, mais également dans d'autres affaires qui pourraient être tranchées sans plus tarder.

La principale fonction des conférences préparatoires est de faciliter la gestion des ressources du Tribunal. Les membres les plus chevronnés sont affectés aux affaires qui n'ont pas été réglées, ou à celles où il n'y a ni désistement ni concession. Cette solution n'offre pas que des avantages car elle n'a rien pour remédier au problème des lenteurs excessives.

VI. Le fardeau de la preuve

D'une manière générale, les principes de common law en matière de fardeau de la preuve ne devraient pas trouver application devant les tribunaux administratifs. Cela a d'ailleurs été reconnu par la Cour fédérale qui a déclaré :

> [TRADUCTION]
> [...] la charge (ou fardeau) de la preuve est une notion de common law, élaborée avec difficulté sur une très longue période, en réponse à certains problèmes d'ordre pratique qui apparaissent dans le cadre des litiges soumis à un tribunal [...] En dehors du système judiciaire, le recours aux règles qui régissent cette partie du droit de la preuve devrait faire l'objet de la plus grande prudence [...] Il est bien évident que le simple fait qu'il s'agisse d'un tribunal d'«appel» ne crée aucun fardeau de la preuve [...] et il n'existe aucune présomption quant au bien-fondé de la décision prise par l'administrateur. (Le juge Woodward dans l'affaire *McDonald's*, aux pages 9-10)

Il est bien clair qu'il incombe à chacune des parties de produire les preuves dont elle dispose, et surtout les preuves touchant des faits dont elle aurait une connaissance privilégiée (voir par exemple *Re Reeve*, et aussi *Re Keane*). Ajoutons que dans les affaires d'expulsion, c'est le ministre qui doit justifier l'ordonnance d'expulsion (Taylor, 1984, p. 5073).

D'un point de vue plus général, la preuve n'incombe en principe à personne, sauf à l'AAT. Pourtant, l'utilisation d'une procédure décisionnelle contradictoire laisse entrevoir qu'en pratique, le fardeau de la preuve reposera sur le demandeur (voir par exemple Ross, 1980, p. 30-31, et *Re Holbrook*, 1983).

VII. Les retards

La procédure contradictoire empêche également l'AAT de statuer rapidement. Entre le moment de la demande et celui de la décision, il s'écoule généralement plus de six mois, et il n'est pas rare de voir cette période s'étendre à un an ou deux. À ces retards s'ajoutent parfois les délais considérables de la prise de décision initiale et du réexamen de celle-ci par l'organisme en cause. Les lenteurs de l'action administrative constituent pour la population un grave sujet de mécontentement :

> [TRADUCTION]
> Chez les usagers qui ont été interrogés, le motif de plainte le plus fréquent se rapportait aux délais : le temps qui s'écoule avant qu'on s'occupe de vous, le temps mis pour démêler la situation lorsque quelque chose ne va pas et le temps écoulé avant de recevoir le service demandé. (*Report of the Royal Commission on Australian Government Administration*, al. 6.2.3)

Une fois la demande déposée devant l'AAT, il faut attendre que l'organisme intéressé prépare les documents requis par la Loi. Le délai de vingt-huit jours imposé à cette fin par la Loi (article 37) est fréquemment dépassé. On ne peut pas s'empêcher de penser que, dans de nombreux cas, les retards pourraient être évités si l'on demandait tout simplement à l'organisme responsable d'envoyer une photocopie du dossier[12].

D'autres retards sont dus aux conférences préparatoires à l'audience ou aux audiences préliminaires pour lesquelles il aura fallu trouver une date convenant à tous les intervenants, tout comme la date de l'audience au fond est elle-même fixée en fonction de l'agenda des avocats, des experts et des membres du Tribunal. Après l'audience, il faut également prévoir un certain temps avant d'obtenir la décision. En fait, [TRADUCTION] «[...] on constate l'existence d'un sentiment qui va de la déception à la consternation devant le temps qui s'écoule entre la fin de l'audience et la décision rendue» (Skehill, 1980, p. 52).

Ces retards peuvent avoir des effets dommageables sur le plan médical surtout si l'affaire relève de la sécurité sociale ou de l'indemnisation des accidents du travail (Ison, 1986). En matière de sécurité sociale, l'on a aussi observé ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Les ressources financières de l'intéressé (si tant est qu'il en ait eues) ont fondu et sa confiance s'est effritée. Le demandeur ne peut donc s'offrir le luxe de supporter les retards qu'implique la demande, ou la procédure de paiement ou d'examen. Sur les plans économique ou psychologique, ces personnes n'ont aucune protection contre le coût social de ces lenteurs. (Carney, 1982, p. 35)

Dans les affaires mettant en cause des intérêts commerciaux, tout retard peut entraîner un préjudice économique. Les intérêts des tiers peuvent aussi s'en trouver lésés :

---

12. Une telle règle pourrait aussi aider à résoudre le problème de la non-production par les ministères et organismes de documents pertinents qui auraient dû être déposés devant l'AAT. Il s'agit d'un problème très réel (voir, par exemple, *Re Mutimer and Australian Telecommunications Commission*, 1984) bien qu'il soit impossible d'en connaître l'ampleur véritable.

[TRADUCTION]
Ceux qui ont tablé sur le caractère définitif de la décision initiale peuvent subir des inconvénients considérables en attendant que l'appel soit réglé, inconvénients dont peuvent souffrir tant les parties au litige que des tiers intéressés. (Wilson, 1986, p. 13)

Les retards nuisent à l'efficacité de bien d'autres façons. Par exemple, ils peuvent augmenter le nombre des intervenants dans une affaire, notamment par suite de changements au sein de l'organisme en cause, du cabinet d'avocats ou de l'AAT lui-même. D'ailleurs, indépendamment de tels retards, le nombre des intervenants sera presque toujours trop important pour que la question puisse être réglée de manière efficace.

Il est parfois possible, par ordonnance interlocutoire, de remédier aux effets néfastes de la lenteur. Par exemple, en cas de suspension du permis d'un pilote, l'AAT peut ordonner un sursis à l'exécution en attendant l'issue de l'appel. Bien entendu, le Tribunal n'agira de cette manière que si la suspension a été prononcée pour cause d'inconduite et non si la raison en est l'incapacité physique ou médicale du pilote. Il en serait de même dans une affaire de sécurité sociale mettant en jeu le droit à des prestations; en pareil cas, l'AAT pourra surseoir à l'annulation en attendant l'issue de l'appel (voir par exemple *Re Dart*, 1982). Le recours aux ordonnances interlocutoires laisse cependant subsister le risque de troubles psychologiques liés à l'incertitude, et aussi, dans certains cas, le risque d'obstacles durables à toute planification ultérieure.

VIII. La représentation

Le recours à une procédure contradictoire augmente les risques d'erreur dans la transmission, par l'entremise de représentants, d'informations ou d'arguments. La simple rectification d'une erreur ou l'éclaircissement d'un point incertain deviennent plus difficiles, surtout lorsque les parties se trouvent trop loin de leurs représentants. Si, par exemple, l'AAT rend, dans le cadre d'une affaire d'indemnisation d'accident du travail, une décision qui est trop vague ou imprécise pour être exécutée, le commissaire responsable de l'indemnisation des accidents du travail subis par des employés fédéraux est obligé de demander au ministère de la Sécurité sociale d'obtenir des éclaircissements de l'AAT. Encore une fois, la structure de communication et de fonctionnement est trop formelle, trop tributaire d'intermédiaires superflus et du risque concomitant d'erreurs et de retards dans la transmission de l'information.

IX. Les motifs des décisions

Comme nous l'avons indiqué à la section III, les motifs des décisions rendues par l'AAT semblent, en général, avoir été rédigés à l'intention de la Cour fédérale plutôt qu'à l'intention des parties. Ils sont formulés avec soin, mais manquent de concision et sont souvent accompagnés de copieuses citations de doctrine ou de jurisprudence. L'AAT, par respect envers les avocats, expose l'intégralité des arguments invoqués ainsi que les réponses qu'il convient d'y apporter. Encore une fois, on constate la

prédominance de la procédure contradictoire. À lire les décisions, on croirait que le Tribunal est chargé de statuer sur des questions de droit privé, au lieu de remplir sa mission qui consiste à remédier aux lacunes de l'Administration et à contribuer au développement de la justice administrative.

Si la décision est complexe, elle est parfois accompagnée d'un résumé de la question à l'intention du demandeur. Les termes plus simples lui permettent de comprendre la décision, quoiqu'il s'agisse d'un autre exemple où l'on tente de remédier aux défauts de la procédure contradictoire en rajoutant un élément, plutôt qu'en simplifiant le processus.

X. La question des dépens

La règle générale veut qu'aucune des parties n'ait à régler les dépens de l'autre. Dans les affaires d'indemnisation des accidents du travail, il est cependant courant de voir adjuger des dépens, bien que ce soit rarement contre le demandeur. D'une manière générale, chaque partie règle ses frais, sous réserve de la possibilité qu'ont certains demandeurs d'obtenir l'aide juridique ou autre forme d'assistance.

CHAPITRE CINQ

L'influence du Tribunal d'appel administratif sur l'Administration

I. Introduction

Par rapport aux sommes en litige dans la plupart des affaires, le budget de fonctionnement de l'AAT paraît sans doute élevé. Dans une affaire de sécurité sociale entendue en présence de l'auteur, la somme en cause était de 877 dollars australiens. Or, le coût direct de l'intervention de l'AAT représentait au moins quatre fois cette somme. Il se peut même que le coût moyen de chaque appel dépasse la somme moyenne en litige, mais cela est difficile à déterminer car beaucoup d'affaires mettent en cause des questions importantes qu'il n'est pas facile de quantifier en termes de dollars. Il n'est pas toujours facile non plus d'évaluer les frais engagés par les organismes dont la décision est contestée, même si l'on s'entend pour dire qu'ils sont importants.

> Le fait d'avoir à répondre à une procédure d'examen, quel que soit le forum où elle a lieu [...] impose au ministère dont l'action administrative est attaquée un effort considérable du point de vue des ressources — effort qui, dans la conjoncture actuelle de compression des effectifs, entraîne nécessairement une baisse de l'activité des autres secteurs [...] (Skehill, 1980, p. 42)

Ainsi, l'étude de la rentabilité de l'AAT risque d'aboutir à des conclusions défavorables si les bénéfices sont mesurés seulement en fonction des résultats obtenus par les demandeurs individuels. C'est l'une des raisons pour lesquelles il faut tenir compte également de l'effet d'entraînement qu'exerce l'action de l'AAT, notamment sur les ministères et organismes dont la décision a été portée en appel.

II. L'échange d'information

L'Administration se montre plus ouverte depuis les réformes intervenues en droit administratif. Dans une large mesure, le voile du secret administratif a été levé. Ainsi, les administrés ou leurs représentants ont maintenant accès aux manuels qui orientent la prise de décision. Ils sont plus en mesure de connaître les éléments qui leur sont défavorables ainsi que les motifs des décisions.

Comme les trois principales réformes ont eu un effet combiné, il est difficile de départager les mérites respectifs de l'AAT (en son rôle de juridiction d'appel), de la loi sur l'accès à l'information et de l'Ombudsman. Cela dit, grâce à sa compétence d'appel, il ne fait aucun doute que l'AAT a exercé une influence bénéfique.

III. Le respect du droit au sein de l'Administration

L'autorité absolue jadis revendiquée par les Stuart afin d'écarter la loi à leur discrétion, ou d'en suspendre l'application, fut abolie (en principe du moins) en 1688 par le *Bill of Rights*. Néanmoins, à l'heure actuelle, il n'existe au Canada aucune garantie visant à prévenir, de la part des ministres ou des fonctionnaires, le rétablissement illégal de cet ancien pouvoir. En Australie, l'institution de l'AAT a beaucoup contribué à combler cette lacune. Rares sont aujourd'hui les fonctionnaires qui considèrent la loi comme une sorte de littérature théorique, étrangère au fonctionnement de l'Administration. Le plus grand mérite de l'AAT est probablement d'avoir provoqué un regain de respect pour le droit au sein des ministères et organismes administratifs.

À l'heure actuelle, les instructions ou directives écrites qui s'écartent des textes de loi sont davantage exposées à la critique. Ainsi, les instructions du ministère de la Sécurité sociale sont maintenant transmises aux organisations de défense des bénéficiaires de prestations sociales. Grâce à cette nouvelle transparence et aux nouveaux recours créés en droit administratif, les ministres et administrateurs assument une plus grande responsabilité.

Ce resserrement de l'obligation de rendre compte a incité de nombreux ministères ou services administratifs à se doter de nouveaux services juridiques. Mais comme il leur est interdit de les dénommer ainsi, on leur confère en général l'appellation de «direction de la législation et du réexamen»; les avocats qui y sont affectés sont appelés *legal officers*.

Les fonctions de ces services juridiques varient d'un organisme à l'autre, mais elles comprennent en général les suivantes : fournir des conseils juridiques sur des questions telles que la rédaction des manuels et directives encadrant les décisions; initier le personnel aux normes et critères juridiques; préparer des dossiers et des plaidoiries pour les affaires soumises à l'AAT; répondre aux questions de l'Ombudsman; offrir des avis juridiques quant à l'admissibilité des demandes d'accès à l'information; assurer diverses tâches ponctuelles relatives, par exemple, aux organisations internationales ou aux comités parlementaires.

Ce nouveau respect du droit présente également une autre dimension au sein de l'Administration. En matière de sécurité sociale, par exemple, et peut-être aussi en matière d'indemnisation d'accidents du travail, les critères juridiques utilisés se font jour pour remplacer l'argument péremptoire des certificats médicaux[13].

---

13. Ce problème reste très actuel, au Canada et ailleurs.

Au ministère de la Sécurité sociale, les décisions rendues par l'AAT ont entraîné la modification des règles de fond sur l'octroi des pensions d'invalidité ou les allocations pour enfant handicapé. De même, les directives regroupées dans le manuel d'instructions relatives au «statut de l'homme au foyer» ont été modifiées à la suite de décisions de l'AAT.

Pour les affaires touchant les douanes et l'accise, on constate également ceci :

> [TRADUCTION]
> L'intervention de l'AAT dans le domaine d'activité principale, soit la détermination du montant ou du taux des taxes sur les marchandises importées, a entraîné la mise au jour et la clarification des principes généraux à l'intention des agents subalternes et des importateurs. (Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, par. 61)

On a également signalé que deux décisions rendues par l'AAT en matière douanière ont suscité le dépôt de milliers de demandes de remboursement représentant, au total, plusieurs millions de dollars (Skehill, 1980, p. 50).

L'influence bénéfique de l'AAT se fait également sentir d'autres façons. Si, par exemple, un ministère cherche à conserver sa prééminence en matière de politiques en rendant ses décisions opposables à l'AAT, il lui suffit de délaisser les simples directives pour agir par voie réglementaire. Cela présente quand même les avantages suivants :

(1) soumettre à l'attention du public la réglementation envisagée;

(2) mieux faire connaître le droit appliqué par le ministère;

(3) améliorer les perspectives de cohérence et d'uniformité dans l'application des critères de décision à tous les niveaux.

Pourtant, les ministères n'accordent pas aux décisions de l'AAT la même importance qu'aux décisions judiciaires. En effet, l'on considère que seuls les tribunaux peuvent dire le droit. Même si la décision rendue par l'AAT dans un dossier donné est obligatoire en l'espèce, on estime néanmoins qu'il appartient aux services responsables de l'élaboration des politiques, au sein du ministère intéressé, de décider si une décision de l'AAT peut constituer un précédent. Par contre, il est généralement admis qu'une décision de la Cour fédérale doit être suivie en tant que précédent, à moins qu'elle ne soit portée en appel.

Dans certaines situations, les ministères se sont montrés peu enthousiastes à l'égard des décisions de l'AAT. Par exemple, la pratique du ministère de la Sécurité sociale était d'exiger le recouvrement des trop-perçus. Or, l'AAT a décidé que le recouvrement de ces sommes devait faire l'objet d'une évaluation cas par cas. Le ministère a modifié par la suite sa pratique. Il a continué d'exiger systématiquement le recouvrement, mais à cette différence près qu'en cas de plainte, l'affaire était renvoyée à Canberra pour évaluation. Ce genre de réaction boudeuse aux décisions de l'AAT engendre, bien évidemment, une justice inégale, favorable à ceux qui savent se plaindre et insister, mais défavorable à ceux qui acceptent sans rechigner les décisions de l'Administration.

La portée de l'action de l'AAT est également limitée par le fait que celui-ci ne fait que remédier à des injustices déjà accomplies. Il n'exerce aucun contrôle lui permettant de promouvoir le respect du droit. Ainsi, l'action de l'AAT a permis de mettre fin ou de remédier à certaines situations aléatoires (tel le «statut de l'homme au foyer») sans

que par ailleurs le Tribunal puisse empêcher l'apparition d'autres règles empiriques à caractère abusif; citons comme exemple la règle selon laquelle une ferme est censée rapporter à son propriétaire un revenu égal à 2,5 % de sa valeur marchande.

On a accusé le ministère de la Sécurité sociale d'appliquer des mesures restrictives illégales en choisissant comme conseillers médicaux des médecins montrant une trop grande sévérité (Lucire, 1982). Dans ce domaine aussi, l'AAT a exercé une influence bénéfique bien que ses décisions n'aient pas nécessairement réussi à mettre un terme à toutes les pratiques discutables de ce type.

Les transformations du droit administratif ont également engendré des réactions négatives. Par exemple, le directeur d'un organisme public a confié à l'auteur que, dans son service, les instructions écrites relatives aux critères de décision ont été volontairement réduites. De cette façon, il espère ne pas être accusé de suivre des règles rigides là où il dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Les décisions de l'AAT ont également eu des résultats moins heureux en ce qui concerne l'utilisation de critères sélectifs et de catégories dans le processus décisionnel. Dans la conception d'un système, qu'il s'agisse de droits de douane ou de sécurité sociale, il faut choisir les variables à retenir comme bases du processus décisionnel. Outre les accusations d'arbitraire, les coûts administratifs et décisionnels seraient inacceptables si chaque dossier devait être considéré comme un cas d'espèce nécessitant une réflexion approfondie et une pondération de toutes les variables. Pour obtenir un système qui fonctionne correctement à un coût raisonnable, et qui génère des solutions à la fois équitables et conformes à la loi, il peut être nécessaire de créer des catégories assez larges, même si cela produit des résultats discutables dans les cas limites. Les circonstances particulières d'une affaire amenée devant l'AAT peuvent clairement ressortir de la preuve, sans laisser présager qu'il existe un grand nombre d'affaires semblables, ni montrer par ailleurs les compromis effectués au moment de la création du régime. L'AAT peut donc être tenté de retenir un plus grand nombre de variables que celles qui ont été utilisées pour la décision initiale et, dans certains cas, tenir compte de variables qu'il aurait été préférable de ne pas retenir. Pensons par exemple aux questions complexes que soulève la reconnaissance du statut de chômeur dans le cas où le demandeur est étudiant.

Ce sont des difficultés de ce genre qui ont motivé un chef de service à déclarer :

> [TRADUCTION]
> Les organismes externes chargés du contrôle des décisions, tels l'Ombudsman et le Tribunal d'appel administratif, n'ont pas pour mission d'appliquer au jour le jour les textes régissant le régime de pensions ou le régime de DFRDB, pas plus que ne leur incombe la responsabilité d'assurer la cohérence et l'uniformité du processus décisionnel. L'administrateur, lui, doit être juste envers tout le monde et ne peut guère s'offrir le luxe de prendre, dans chaque cas, une décision motivée par des considérations humanitaires plutôt que des critères objectifs. Ce qu'on fait pour un individu, il faut le faire pour tous ceux qui se trouvent dans une situation comparable. Lorsque, pour un cas donné, l'Ombudsman propose une solution qui, si elle était généralisée, créerait de graves problèmes pour l'Administration, celle-ci peut engager un dialogue susceptible d'aboutir à une solution qui lui est convenable. En ce qui concerne les décisions du Tribunal d'appel administratif, cette possibilité n'existe pas. (Davey, 1985, p. 9)

Les conséquences de cette situation peuvent être doublement néfastes. En premier lieu, le fait de créer une exception à l'égard des personnes qui interjettent appel devant

l'AAT comporte un risque évident d'injustice. Si l'on peut justifier l'utilisation de catégories générales, l'AAT ne devrait-il pas les respecter? Si, au contraire, cette utilisation n'est pas justifiée, il faudrait alors la supprimer dans le cadre de la décision initiale. Pour ce qui est de la sécurité sociale, la seconde conséquence est que si l'AAT est effectivement parvenu à accroître la conformité au droit, le ministère ne s'est pas toujours bien adapté aux demandes du Tribunal visant à ce qu'un plus grand nombre de variables soient prises en considération. Au sein de l'Administration, on hésite à déléguer aux subalternes toute question qui nécessite un choix entre plusieurs variables. En réaction à des décisions de l'AAT, on constate que certains types d'affaires sont systématiquement renvoyés à l'échelon supérieur pour que la décision soit prise par des agents plus expérimentés, mais qui, en contrepartie, sont plus éloignés de l'intéressé, et, de plus, ne sont pas vraiment en mesure d'obtenir directement une preuve ou un argument.

Pour bon nombre de ces affaires, la solution consisterait à revoir le processus de décision initiale plutôt qu'à modifier les procédures d'appel.

L'influence de l'AAT en vue d'un plus grand respect du droit au sein de l'Administration est sensiblement limitée du fait que le Tribunal ne possède même pas ses propres exemplaires des manuels de directives préparés par les ministères et organismes à l'intention de leurs fonctionnaires. Lorsqu'il est saisi d'une affaire, l'AAT ne reçoit pas automatiquement une copie des passages applicables. Il en prend connaissance lorsqu'ils sont produits en preuve ou cités par l'une des parties; or, cela n'est pas fréquent. Parfois, le demandeur en ignore jusqu'à l'existence et l'avocat de l'organisme peut estimer, sans doute à juste titre, que son argumentation sera beaucoup plus efficace s'il reste discret à leur sujet. Il suffit d'évoquer l'exemple d'une décision initiale prise en vertu de directives qui, malgré leur insertion dans le manuel, ne sont pas conformes aux dispositions législatives applicables. L'avocat va peut-être décider de ne pas parler du manuel pour chercher plutôt à défendre la décision de son ministère en se fondant sur la loi ou éventuellement sur d'autres sources. Et même si le manuel est conforme à la loi, l'avocat peut considérer qu'il n'a pas d'intérêt aux fins de l'appel, et se rabattre uniquement sur la loi.

Cette approche présente trois inconvénients :

1. Le Tribunal s'interdit de rechercher les fondements de la décision initiale. Dans certains cas, cela diminue forcément son aptitude à apprécier le bien-fondé de la décision initiale.

2. Des critères de décision dont la légalité est douteuse vont échapper à l'examen de l'AAT.

3. Puisque l'AAT est inévitablement amené à développer le droit et à élaborer des orientations générales, il pourrait assumer ce rôle avec encore plus d'intelligence s'il pouvait prendre connaissance des critères utilisés pour la décision initiale. Lorsque l'AAT écarte (voire annule en pratique) une règle interne ou lorsqu'il en crée une nouvelle, il pourrait énoncer de manière plus précise la portée de sa décision, notamment par des termes susceptibles d'être mieux compris du personnel administratif, s'il était en mesure d'envisager la transposition de sa décision dans un manuel destiné aux décideurs. D'autre part, cela permettrait

peut-être d'intégrer plus facilement les décisions de l'AAT aux manuels de l'Administration.

Encore une fois, on constate que l'attachement de l'AAT pour une procédure contradictoire, au détriment de l'approche plus active qu'offre la procédure inquisitoire, nuit à son efficacité.

IV. L'influence au niveau de la décision initiale

Nous avons vu plus haut que non seulement l'AAT parvient à corriger de façon ponctuelle les erreurs commises, mais qu'il exerce également une influence bénéfique sur l'évolution des critères décisionnels. Cela dit, au niveau de la décision initiale, il arrive souvent que les difficultés découlent, non pas des critères retenus, mais plutôt de décisions relatives à la gestion du processus décisionnel. Et en ce qui concerne ces problèmes, l'influence de l'AAT ne semble pas avoir été aussi favorable. Ainsi, on rapporte qu'au ministère de la Sécurité sociale, il n'y a eu aucune amélioration de la supervision à l'échelon inférieur alors que le besoin s'en fait particulièrement sentir.

D'une manière générale, ces difficultés ne sont que l'expression d'un processus bureaucratique qui ne répond pas aux normes d'équité procédurale (on trouvera un exemple dans *Re Tobin*, 1977, à la p. 7). En Australie comme au Canada, dans les ministères et organismes, la décision initiale est souvent prise par un simple employé de bureau qui travaille sous pression, dans des conditions qui ne favorisent guère la réflexion ni l'analyse. Il décide au vu des pièces qui figurent au dossier sans même entrer en contact avec le demandeur ni lui donner l'occasion de répondre à celui ou à celle qui, pour une raison ou une autre, refuse de faire droit à sa demande[14].

Prenons l'exemple des délégués chargés de statuer sur les demandes d'indemnisation d'accidents du travail chez les employés fédéraux; ils ne tiennent jamais d'audience. Évidemment, il n'est pas nécessaire de le faire dans chaque cas, car beaucoup de décisions peuvent être prises de façon presque automatique. En revanche, d'autres dossiers peuvent exiger l'examen minutieux des données, un entretien avec l'intéressé, une enquête sur place et une analyse des implications juridiques et administratives. Quand une affaire nécessite un tel effort, on ne devrait pas attendre la phase de l'appel pour s'en convaincre. Il est clair qu'on aurait dû accomplir cet effort dès le départ, et que le cadre entourant la prise de décision initiale devrait être conçu de façon qu'une affaire présentant des circonstances particulières puisse recevoir le traitement qui lui est approprié.

Il ne faut pas perdre de vue le fait que dans les affaires touchant l'indemnisation des accidents du travail ou la sécurité sociale, bien des décisions supposent une sorte de synthèse de données juridiques et médicales, qui doit être aussi sérieuse que dans le cadre d'une action délictuelle devant les tribunaux. Or, si les règles entourant la prise

14 Au ministère de la Sécurité sociale, les personnes qui demandent des prestations sont interrogées par le personnel de bureau (les contrôleurs) et ce sont ensuite d'autres fonctionnaires (délégués) qui prennent les décisions au vu des documents fournis par les contrôleurs, habituellement sans avoir le moindre contact avec les demandeurs. À l'heure actuelle, la politique officielle consiste à offrir une rencontre avec le décideur à l'étape du réexamen (*Guidelines*, par. 8.1) mais pas à celle de la décision initiale.

de la décision initiale ne sont pas suffisamment rigoureuses, ce seront les médecins du ministère qui, en définitive, décideront et trancheront, non seulement sur le plan médical, mais également sur les plans du droit, de l'administration et des faits qui n'intéressent pas la médecine.

Une partie du problème provient d'une centralisation excessive dans plusieurs ministères et organismes. Si l'on veut que les décisions initiales soient prises de façon efficace et qu'elles soient justes plutôt qu'administrativement «régulières», il faudrait qu'elles puissent être prises, dans la mesure du possible, au niveau local. Ce problème a été soulevé dans le *Report of the Royal Commission on Australian Government Administration, 1976* qui signale ce qui suit : [TRADUCTION] «[...] il conviendrait d'accorder aux fonctionnaires locaux, et notamment à ceux qui sont en contact direct avec le public, un pouvoir de décision plus important» (al. 7.1.2, p. 147). Ces recommandations n'ont eu qu'un écho limité.

D'aucuns prétendent que, dans le cadre actuel, les personnes chargées de la décision initiale seraient incapables de tenir audience. À supposer que cela soit vrai, le modèle bureaucratique n'est pas pour autant la solution. Du reste, la personne incapable d'entendre les parties sera tout aussi incapable de prendre une décision convenable sans audience.

Certes, le fonctionnaire peut toujours demander l'avis de son supérieur, comme cela se fait couramment. Mais cette démarche risque de se révéler illusoire. Souvent, le fait d'en référer à un autre niveau hiérarchique signifie que la décision, sur un point essentiel, va être confiée à quelqu'un qui n'a pas eu de contact direct avec le demandeur et qui n'a pas personnellement recueilli les témoignages ni les arguments. De plus, la multiplication des renvois peut avoir pour résultat de faire intervenir un trop grand nombre de personnes, ce qui rend le processus inefficace et peut entraîner la perte d'informations essentielles entre les différents intermédiaires. Enfin, les discussions internes pourraient finir par remplacer l'enquête externe, et la caution des supérieurs, en venir à supplanter la responsabilité de faire enquête.

La Commission royale d'enquête sur l'activité de l'Administration australienne a reconnu l'existence de ce problème sans toutefois offrir de solution :

> [TRADUCTION]
> Nous *recommandons* que l'on procède à un examen des procédures utilisées dans les programmes où il y a contact direct entre un citoyen «client» et un agent de l'Administration, afin que, sauf circonstances particulières, la décision soit prise à ce niveau. Les plaintes sont nombreuses lorsque le fonctionnaire responsable de la clientèle n'est là que pour enregistrer les informations et faire remplir des formules. Les critiques resteront sévères tant qu'on n'accordera pas à ce fonctionnaire le pouvoir de prendre une décision après avoir rencontré la personne concernée, sous réserve des cas qui présentent des circonstances exceptionnelles. (*Report of the Royal Commission on Australian Government Administration*, 1976, par. 6.2.7, p. 130)

Lorsque l'existence de circonstances particulières exige qu'on en réfère à un supérieur hiérarchique ou à un spécialiste, il serait normal que la personne à qui appartient désormais la décision soit aussi chargée de recueillir elle-même éléments de preuve et arguments. Lorsque le demandeur n'a pas de contact avec le véritable décideur, et qu'il ne peut communiquer avec celui-ci que par l'intermédiaire d'une autre personne, il risque d'éprouver de la frustration et une impression d'injustice ou, en termes plus

juridiques, le sentiment de ne pas avoir été entendu avant que la décision soit prise. On risque alors non seulement de saper sa confiance en l'Administration, mais également de lui causer des troubles de santé si on lui oppose un refus à la suite d'une procédure qui lui paraît insuffisante, surtout si le bien-fondé de sa demande a été évalué par quelqu'un qui ne l'a jamais rencontré.

Une affaire de sécurité sociale publiée en 1985 illustre les effets du modèle bureaucratique. Un citoyen qui réclamait une pension d'invalidité habitait la même ville depuis quarante-quatre ans. Sa demande a été rejetée, censément parce qu'il n'était pas physiquement inapte au travail et qu'il aurait peut-être pu trouver un emploi en s'installant dans une autre ville. En appel, l'AAT a décidé qu'il n'était pas raisonnable de demander au requérant de quitter, avec sa famille, l'endroit où il vivait depuis quarante-quatre années (*Re Rœsler*, 1985).

À la lumière de cette affaire, on peut entrevoir les graves injustices qui peuvent se produire lorsque la décision initiale et la décision définitive en appel sont rendues sur la base de variables différentes. En somme, la justice n'est plus la même selon que la personne persévère dans son recours ou qu'elle se plie à la décision initiale. Le fait d'avoir créé une voie d'appel ne saurait donc justifier le maintien d'une procédure déficiente qui ne permet pas d'obtenir une solution convenable du premier coup.

Il existe d'autres indices de cet appauvrissement de la qualité des décisions initiales. En matière d'indemnisation des accidents du travail, par exemple, on constate parfois que si le fonctionnaire a conclu à la simulation, à l'existence d'une deuxième occupation rémunérée, ou à des troubles psychiatriques, c'est par un simple processus d'élimination[15]. Au cours d'une audience de l'AAT, l'auteur a eu l'occasion d'entendre le demandeur déclarer, et sa récrimination est typique à cet égard, que [TRADUCTION] «les [fonctionnaires des douanes et accise] avaient pris une décision avant de connaître les faits».

Les statistiques sur l'issue des demandes portées devant l'AAT font également ressortir la qualité insuffisante et malheureusement constante des décisions initiales. En 1984-1985, 32,8 pour 100 des demandes portées devant l'AAT ont entraîné la modification de la décision initiale par le ministère ou l'organisme responsable (Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, p. 112). Il s'agit souvent de décisions qui, avant même d'être portées à l'attention de l'AAT, avaient été réexaminées et confirmées par l'organisme en cause. Nombre de décisions initiales mal fondées au départ sont aussi corrigées à l'occasion d'un réexamen interne.

Pour certains, l'établissement de l'AAT et les autres réformes intervenues en droit administratif auraient eu pour résultat de conforter l'insuffisance des procédures administratives par la création de palliatifs qui retardent la recherche d'une solution. Compte tenu de la procédure contradictoire suivie par l'AAT et du fait que l'audience se déroule comme un procès *de novo*, l'AAT n'examine pas d'ordinaire le dossier du ministère et ne s'intéresse guère aux mécanismes d'élaboration de la décision initiale. Le tribunal peut rectifier quant au fond une décision injustifiée, mais ne corrige pas en général la procédure ou la structure décisionnelle, qui peut donc continuer d'engendrer des décisions du même type.

---

15. Pour qu'un tel diagnostic ait une quelconque valeur scientifique, il faudrait qu'il repose sur des symptômes positifs et non pas uniquement sur l'absence de cause physiologique reconnaissable.

Ce système se justifie peut-être en partie par les exigences des milieux juridiques en matière d'équité procédurale, mais ces revendications se manifestent seulement une fois que le client insatisfait consulte un avocat. Quoi qu'il en soit, cela ne suffit pas à justifier le système actuel.

V. Le réexamen

Il existe un aspect de la procédure administrative qui n'a pu être amélioré par la création de l'AAT, et qui en a même souffert; il s'agit de la procédure de réexamen. D'ordinaire, sur réception d'une plainte, la décision est réexaminée par l'organisme qui l'a rendue. En général, ce réexamen sera confié à une personne occupant une position hiérarchique plus élevée que le décideur initial. Souvent, la loi prévoit que le réexamen constitue le préalable de l'exercice du droit d'appel devant l'AAT.

Cette pratique a été défendue de la manière suivante :

> [TRADUCTION]
> C'est un gaspillage pur et simple que de mettre en marche des procédures de contrôle fort coûteuses telles que celles en usage devant le Tribunal d'appel administratif ou devant la Cour fédérale, à moins qu'il ne s'agisse d'une décision que l'Administration a soigneusement pesée et qu'elle est disposée à défendre. C'est pourquoi les textes conférant un tel droit d'appel devant l'AAT exigent en général comme préalable que le ministère ou l'organisme en cause ait eu l'occasion de réexaminer sa décision, en général à un niveau hiérarchique plus élevé. (Curtis, 1985, p. 16)

La procédure de réexamen se heurte cependant à de graves objections. La principale est sans doute que le réexamen tend à miner la qualité des décisions initiales plutôt qu'à la renforcer. Il favorise l'automatisme du processus décisionnel ainsi qu'un manque de rigueur car la réflexion ne devient réellement nécessaire qu'en cas de plainte. La procédure de réexamen encourage l'Administration à opposer des refus aux cas spéciaux pour attendre ensuite le dépôt d'une plainte. Ne serait-il pas plus normal de faire une enquête afin de vérifier la validité de la demande présentée? Dans ces conditions, il n'est pas surprenant de constater que, lorsqu'une décision est infirmée après réexamen, c'est souvent au vu de nouveaux éléments découverts à l'occasion de ce réexamen, éléments qui auraient dû normalement être recherchés et obtenus par le décideur initial.

Il est donc légitime de s'interroger non seulement pour comprendre si la procédure de réexamen nuit à la qualité des décisions initiales, mais également pour déterminer si elle n'est pas en soi inadéquate et si elle ne constitue pas un obstacle à la procédure d'appel.

Un avocat d'un ministère a expliqué ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> [...] parmi les actions engagées en vertu de l'article 28 ou de l'article 37 et mettant en cause notre ministère, très peu parviennent à l'étape de l'audience. Souvent, nous reconnaissons immédiatement que la décision contestée est mal fondée. Dans d'autres cas, nous indiquons les faits qui ont été retenus et les motifs de la décision, ce qui amène le demandeur à reconnaître que notre position est justifiée. (Skehill, 1980, p. 44)

Ces deux affirmations mettent en lumière les lacunes de la procédure, non seulement au niveau de la décision initiale, mais également à l'étape du réexamen. Ne doit-on pas en conclure que, la plupart du temps, lorsqu'un citoyen se plaint de la décision rendue contre lui et qu'il maintient sa plainte après l'étape du réexamen, c'est que la décision était injustifiée, ou encore qu'elle ne lui avait pas été correctement expliquée?

> [TRADUCTION]
> Il est fréquent que le demandeur ne s adresse au Tribunal qu'après l'écoulement d'une longue procédure interne de réexamen et une correspondance abondante. Sans doute ce processus donne-t-il à chacune des parties la possibilité d'examiner soigneusement les arguments de l'autre et d'exposer intégralement ses prétentions. (Skehill, 1980, p. 47)

Cela ne ferait que confirmer qu'on ne prête guère une attention sérieuse aux questions en cause qu'après confirmation d'une décision défavorable, et encore faut-il que le demandeur persiste à contester celle-ci.

Les statistiques indiquent également que la procédure de réexamen, tout comme celle qui la précède, comporte de graves lacunes. Par exemple, les statistiques du SSAT concernant les appels vidés au cours du trimestre se terminant le 30 juin 1985 indiquent que, dans 32 pour 100 des appels de nature non médicale et 36 pour 100 des appels médicaux, le ministère ou l'organisme s'est désisté avant l'audition.

Si l'on veut maintenir à un niveau acceptable la qualité des décisions administratives, il faut que les hauts fonctionnaires et les décideurs initiaux sachent clairement qu'un tribunal d'appel peut être amené à faire toute la lumière sur les lacunes du processus décisionnel. De même, il ne faudrait pas croire que le sentiment d'injustice entraîne forcément une contestation. Les personnes qui acceptent docilement une décision défavorable sont sans doute plus souvent victimes d'une injustice que celles qui sont prêtes à contester jusque devant l'AAT. C'est pourquoi la qualité des décisions initiales est encore plus importante que celle des décisions en appel.

On pourrait croire que la procédure de réexamen se justifie parfaitement lorsqu'elle se traduit par l'annulation de la décision contestée. Pourtant, le même résultat aurait pu être obtenu en dirigeant la plainte directement vers le tribunal d'appel pour forcer l'Administration à en reconnaître la justesse. Des statistiques quelque peu embarrassantes pour un organisme pourraient l'inciter à améliorer son processus décisionnel. Ce changement aurait en outre pour effet de réduire les délais.

Lorsque le réexamen n'entraîne pas l'annulation de la décision, cette étape ajoute un délai supplémentaire dans le règlement de l'affaire. Or, on ne saurait trop insister sur ce point. Comme nous l'avons indiqué au chapitre quatre, dans les affaires d'incapacité physique, un retard peut occasionner des problèmes médicaux, tandis que, dans le domaine des affaires, les retards soulèvent des obstacles à la planification des activités commerciales. En outre, c'est l'organisme en cause qui décide combien de temps prendra le processus de réexamen, ce qui lui confère en pratique le pouvoir de ralentir le cheminement du dossier susceptible d'être déféré à l'AAT.

Lorsqu'une décision initiale a été confirmée après réexamen et que le demandeur abandonne toute contestation, on a tendance à présumer qu'il est satisfait des explications obtenues à l'occasion du réexamen. Il se pourrait toutefois que, profondément découragé par la nature de ce processus, il ait préféré tout abandonner.

L'obligation de suivre l'étape du réexamen avant d'interjeter appel récompense la persistance et tend à pénaliser ceux qui sont peu enclins à contester un nouveau refus.

Le processus de réexamen risque non seulement de décourager les appelants éventuels mais également de détourner certains demandeurs du Tribunal d'appel. C'est ainsi qu'on a affirmé, dans le contexte de la sécurité sociale :

> [TRADUCTION]
> ... on peut prévoir à coup sûr que l'existence d'un mécanisme de réexamen aura pour effet de détourner du SSAT des affaires dont il aurait été normalement saisi, laissant ainsi des griefs sans réponse. (Carney, 1982, p. 41)

Dans certains secteurs, comme la sécurité sociale, où le plaignant risque d'être dans une situation de dépendance permanente à l'égard du ministère, le problème présente une autre dimension. Si la plainte porte sur le montant de l'allocation, le demandeur peut craindre des représailles de la part de l'Administration s'il se montre trop indocile.

L'étape du réexamen peut également nuire à la prise de la décision initiale en excluant, par définition, l'intervention des hauts fonctionnaires. À titre d'exemple, le commissaire des caisses de retraite participait personnellement à certaines décisions initiales. Maintenant, il ne s'occupe plus du premier niveau de sélection, afin de pouvoir étudier avec impartialité les demandes de réexamen.

En plus d'avoir des effets négatifs pour certains demandeurs, cette pratique risque également de nuire à l'élaboration de politiques rationnelles. Si l'agent responsable ne peut consulter le directeur de l'organisme lorsqu'il s'aperçoit que le dossier remet en question une politique d'application générale, ce directeur, à moins d'une plainte, risque de n'avoir jamais connaissance du problème.

Lorsque le demandeur est représenté par avocat, il arrive que ce dernier considère le processus de réexamen comme une formalité inutile. L'avocat peut préférer garder ses preuves et ses arguments pour l'AAT. Dès lors sans objet, le réexamen représente une perte de temps et d'argent.

Nous sommes d'avis que le mécanisme du réexamen présente peu d'avantages et devrait être aboli. Cela nous paraît être le prix à payer pour provoquer la réforme du processus décisionnel et pour améliorer la qualité des décisions initiales. Pour ce qui est des ministères et des organismes où le nombre de plaintes et d'appels est relativement faible, la contestation pourrait être portée directement devant l'AAT. Lorsque leur nombre est trop important, un mécanisme d'appel intermédiaire pourrait être créé là où il n'y en a pas.

Les critiques que nous venons de formuler à propos du processus de réexamen visent les situations où cette procédure présente un caractère bureaucratique et se déroule dans un cadre où le responsable du réexamen conserve des liens étroits avec le premier décideur. Ces critiques ne visent absolument pas l'examen qu'effectue un organe d'appel suffisamment indépendant du décideur initial pour pouvoir communiquer directement avec le requérant et l'inviter à présenter son point de vue.

VI. L'amélioration de la qualité des dossiers

La création de l'AAT ne semble pas avoir eu beaucoup d'influence sur l'Administration pour le respect des garanties procédurales mais elle semble avoir amélioré la qualité des dossiers. L'enregistrement des informations aurait été révisé; on rédige maintenant une note pour chaque conversation téléphonique importante, afin de la verser au dossier, ce que l'on ne faisait pas auparavant. De même, les motifs qui sous-tendent la décision (à tout le moins ceux que l'on présente comme tels) sont plus souvent divulgués. Le directeur d'une commission nous a informé qu'en cas de refus, les motifs sont maintenant tellement détaillés qu'ils comprennent non seulement la qualification des faits mais également les preuves à l'appui de chaque conclusion[16]. Faute de temps, nous n'avons pas été en mesure d'apprécier l'intérêt et la portée de ces modifications.

VII. Les politiques contradictoires émanant d'organismes différents

Les réformes intervenues en droit administratif n'ont pas modifié officiellement les mécanismes d'élaboration des politiques. Ceux-ci relèvent toujours de structures hiérarchisées, de services spécialisés et de la responsabilité ministérielle, sans oublier les comités et les commissions d'enquête spéciaux. Toutefois, les organismes d'appel peuvent, cela coule de source, être amenés à jouer un rôle dans ce domaine. Par conséquent, en instituant une structure d'appel tout à fait indépendante de l'Administration, on se trouve à créer une nouvelle source d'objectifs publics qui peuvent entrer en conflit avec les politiques des divers ministères et organismes.

Des conflits ont effectivement surgi. Par exemple, l'AAT a adopté, à l'égard de la pension d'invalidité de la sécurité sociale et des autres allocations aux handicapés, une position moins restrictive que celle du ministère de la Sécurité sociale. L'AAT accorde notamment une importance plus grande aux répercussions économiques de l'invalidité, sans se limiter au handicap physique.

Ce problème peut être encore aggravé lorsque l'activité de l'organisme est soumise au contrôle de différents tribunaux. Prenons un exemple : le ministère de l'Aviation avait suspendu pour une durée de douze mois le permis d'un pilote ayant effectué des vols à basse altitude. En appel, l'AAT a conclu qu'une suspension aussi longue constituait une forme de punition et que le permis aurait dû être suspendu pour une période de trois mois, période suffisante pour réhabiliter le requérant. Or, l'opportunité d'imposer une punition est une question qui ressortit aux juridictions pénales. Le ministère s'est plié à cette décision et a réduit à trois mois la suspension applicable en cas de mauvaise conduite. Dans une instance pénale, le ministère aurait par la suite été critiqué pour sa trop grande indulgence dans les cas de suspension.

---

16. Cette interprétation du par. 28(1) nous paraît un peu trop stricte. La disposition exige [TRADUCTION] «une déclaration écrite précisant les conclusions de fait et mentionnant les preuves et autres documents sur lesquels se fondent ces conclusions». Mais la loi n'exige pas expressément que des éléments de preuve soient fournis à l'égard de chaque conclusion de fait.

Ce genre de problème risque d'être aggravé lorsque l'AAT rend des décisions contradictoires dans des cas similaires[17]. Par exemple, dans les cas de pilotes d'avion souffrant d'insuffisance cardiaque, l'ATT en serait arrivé à des conclusions différentes quant à savoir si le ministère de l'Aviation pouvait délivrer un permis obligeant la présence d'un copilote. Quoi qu'il en soit, même si de tels cas se sont bel et bien produits, ils semblent néanmoins être fort peu nombreux, car, de façon générale, l'AAT est constant dans l'exercice de sa juridiction. S'il existe certaines divergences de vues entre les membres de l'AAT, celles-ci se manifestent davantage sur le plan de l'appréciation des preuves ou de la qualification des faits (par exemple, pour ce qui est de savoir si les preuves concernant différents aspects d'une incapacité justifient la reconnaissance du statut d'«invalide»), que par les énoncés de principe différents.

Des politiques contradictoires pourraient surgir si l'AAT ne tenait pas compte des énoncés de politique de l'Administration ni des pratiques qui s'en inspirent; mais tel n'est pas le cas. Même si l'AAT n'est pas lié par les politiques administratives, cela ne l'empêche pas de les prendre en considération, du moins lorsqu'il exerce des pouvoirs discrétionnaires. La Cour fédérale a approuvé cette attitude :

> [TRADUCTION]
> Il serait contraire au bon sens d'interdire au Tribunal de tenir compte, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, d'un aspect important du dossier. Lorsque le décideur initial a, à bon droit, pris en considération dans sa décision une politique administrative de portée générale, il est évident que l'existence de cette politique constitue un élément dont le Tribunal doit tenir compte au moment de l'examen de cette décision. Par contre, en l'absence de disposition expresse de la loi, le Tribunal ne peut refuser d'examiner, d'après les preuves présentées, la légalité ou l'opportunité de la décision prise, pour se contenter de vérifier si la décision est conforme aux politiques générales de l'Administration. (*Drake* c. *Minister for Immigration*, 1979, p. 590)

On affirme souvent que l'AAT accorde davantage d'importance à une politique administrative annoncée par un ministre qu'à une politique qui émane de déclarations ou de pratiques à des niveaux inférieurs.

L'AAT ne tient jamais d'audiences dans le seul but d'élaborer des normes et des politiques. Lorsqu'une affaire met en jeu le bien-fondé d'une politique administrative (que ce soit par le biais de l'interprétation d'une disposition ou, de façon plus directe, par le contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire), l'AAT tranchera la question en fonction des preuves et des arguments apportés par les parties. Il ne cherchera pas à élargir le débat en faisant intervenir les associations qui pourraient être touchées par sa décision.

Certains fonctionnaires choisissent de ne pas lire les décisions de l'AAT pour éviter de se perdre dans des conflits de politiques. Par exemple, les employés de certains bureaux régionaux du ministère de la Sécurité sociale ont déclaré qu'ils n'étaient pas intéressés à en prendre connaissance. En effet, lorsque le bureau central du ministère décide de se conformer à une décision de l'AAT, il envoie aux bureaux locaux les modifications qu'il faut apporter à leur manuel de procédure. Les fonctionnaires évitent ainsi de donner à une décision de l'AAT une interprétation qui serait différente de celle du bureau central. Par contre, lorsque le bureau central décide

17. Pour une analyse de l'uniformité des décisions et de l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne l'AAT, voir (1986) 10 *Australian Administrative Law Bulletin* 150.

de ne pas suivre une décision de l'AAT, aucune confusion ne peut en résulter puisqu'ils ignorent tout de la décision. Pour le fonctionnement des bureaux locaux ou des services centraux, il est toujours préférable que les directives émanent d'une source unique.

CHAPITRE SIX

Le respect du droit

Il a été question au chapitre cinq de l'influence de l'AAT sur le respect du droit dans la prise de décisions par l'Administration. Il y a également lieu de formuler d'autres commentaires sur l'influence de l'AAT quant au respect de la légalité dans l'action administrative en général, notamment dans les rapports entre les divers ministères et organismes publics.

À ce sujet, il semble que l'influence la plus bénéfique de l'AAT se soit fait sentir dans le secteur de la sécurité sociale. Deux raisons l'expliquent. Tout d'abord, il est notoire que l'influence politique n'est pas la même à l'étape de la conception d'un régime et de son approbation législative, qu'à partir du moment où il est en pleine activité. Lorsqu'un régime a pour objectif de satisfaire les besoins de groupes démunis, il est probable que sa conception aura été guidée par la philanthropie et le respect de la personne. C'est dans l'accomplissement de son activité quotidienne que le régime pourra subir des pressions corruptrices. On a constaté ce genre de phénomène au Canada dans le cas des organismes provinciaux d'indemnisation des accidents du travail. Il explique sans doute la plupart des problèmes qui se posent dans la mise en œuvre de ces régimes[18]. Lorsque le régime de la sécurité sociale d'Australie prévoit le versement d'allocations provenant d'un fonds consolidé, certaines pressions risquent de se faire sentir du côté du Trésor public.

Deuxièmement, un régime qui reconnaît le droit de recevoir des allocations en provenance d'un fonds consolidé tend à créer un droit de préemption sur une partie de ce fonds. Le respect du droit exige que l'on accorde préséance au budget du ministère ou de l'organisme administrant ce régime, jusqu'à concurrence d'un montant permettant d'effectuer les prestations dues, par rapport aux organismes dont les dépenses sont discrétionnaires. Les fonctionnaires du Trésor risquent toutefois à la longue d'oublier cet engagement, et de puissantes pressions politiques peuvent, à un moment donné, rendre prioritaires les dépenses discrétionnaires. Ce danger augmente lorsque le ministre de la Sécurité sociale n'a pas une très grande influence au sein du cabinet, comme c'est habituellement le cas.

Ces divers facteurs expliquent en grande partie pourquoi les critères élaborés par le ministère de la Sécurité sociale ont été jugés trop contraignants par l'AAT qui a recommandé leur modification. Il se peut que l'AAT améliore le processus démocratique en harmonisant les priorités budgétaires avec le respect des textes législatifs.

---

18. Pour une autre analyse de ce phénomène, voir M. VOSBURGH, «Implementation Analysis : The Case of Accident Compensation in New Zealand», (1986) 9 *Evaluation and Program Planning* 49.

CHAPITRE SEPT

La surveillance et la révision du système

L'Administrative Review Council doit contrôler l'application des diverses réformes intervenues en droit administratif, notamment par la formulation de recommandations pour leur révision. En particulier, il appartient au Conseil de faire des recommandations au sujet de la juridiction de l'AAT. Cette mission de surveillance englobe également les fonctions de l'Ombudsman, le contrôle judiciaire et diverses autres activités. Parmi ces dernières, il faut signaler un examen des décisions en matière de pension (décisions rendues en vertu des dispositions concernant le retour au pays) et l'examen des procédures de l'*Australian Broadcasting Tribunal*.

La composition du Conseil en fait toutefois un organisme politisé et moins dynamique qu'on aurait pu l'espérer. En outre, il reste un organe à caractère éminemment juridique. Il n'a pas encore réussi à mettre au point des méthodes d'investigation plus perfectionnées que celles utilisées habituellement par les avocats, et il n'a pas encore publié de document offrant une véritable analyse des effets de l'action de l'AAT. Le Conseil a bien entrepris une étude d'impact pour les années 1981 à 1984, mais il a décidé de ne pas en publier les résultats (Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, p. 8).

Lorsqu'un organisme de surveillance reçoit le mandat d'évaluer l'efficacité d'une institution non seulement sur le plan quantitatif, mais aussi quant à l'effet de son action, c'est sans aucun doute le directeur de la recherche de l'organisme qui exerce les fonctions les plus importantes dans l'ensemble du système et qui devrait être le mieux payé. Pourtant, le traitement du directeur de la recherche de l'ARC est de beaucoup inférieur à celui du président de l'AAT.

Le Conseil présente ses rapports au ministère de l'Attorney général et ce sont les fonctionnaires de ce ministère qui font les recommandations concernant leur homologation et leur mise en œuvre. Il s'agit là d'une limite supplémentaire à l'action et à l'efficacité du Conseil. On aurait pu s'attendre à ce que celui-ci ait au moins une direction permanente (sous-ministre), et que le ministre de tutelle soit relié au Conseil directement sans l'intermédiaire d'un ministère.

La question fondamentale reste celle de savoir si le Conseil est l'organisme le plus apte à décider d'étendre ou modifier la compétence de l'AAT. À cause de ses liens étroits avec les institutions du «nouveau droit administratif», le Conseil risque d'entraîner par son action l'homogénéisation des procédures et des structures institutionnelles, aux dépens des objectifs et des principes de fond. Nous estimons que la question de l'étendue de la compétence de l'AAT devrait faire l'objet d'études ponctuelles qui embrasseraient les règles de droit substantif du secteur où évolue l'organisme, ainsi que les objectifs et les politiques. Ces études devraient également

comprendre une analyse de la clientèle, et être effectuées dans des conditions de complète indépendance de vues par rapport aux institutions chargées de l'application courante du droit administratif.

L'élaboration de structures et de procédures adaptées à des objectifs précis se concrétise davantage si leur conception s'inspire des exigences du domaine d'intervention. Elle ne saurait en revanche être guidée par la volonté d'uniformisation et par la création d'institutions de compétence générale dans le domaine du droit administratif.

CHAPITRE HUIT

Le rôle prépondérant des avocats

Le rôle prépondérant que joue la communauté juridique est l'une des caractéristiques les plus importantes du système. Le président de l'AAT et la plupart des membres permanents sont avocats. À l'heure actuelle, l'Administration est généralement représentée par des avocats devant l'AAT. Les services juridiques des ministères et organismes influencent sans doute la perception que ceux-ci ont de l'AAT. La communauté juridique reste également prépondérante pour l'appel des décisions de l'AAT en Cour fédérale. C'est le ministère de l'Attorney général, lui aussi composé d'avocats, qui s'occupe des nominations, ainsi que des principales décisions et recommandations concernant l'AAT. La plupart des principaux membres de l'ARC et de ses agents les plus importants sont également avocats. Il est difficile de trouver parmi le personnel de direction un spécialiste d'une autre discipline que le droit, les sciences humaines par exemple.

Bien entendu, on doit s'attendre à ce que la communauté juridique joue un rôle important dans une structure d'appel. Mais si l'on veut que ce système fonctionne différemment des tribunaux judiciaires, il devrait logiquement faire appel à des compétences plus diverses. Il faudrait par conséquent que des postes clés soient occupés par des personnes ayant reçu une formation première dans d'autres disciplines.

Dès la création de l'AAT, ce problème avait été entrevu :

> [TRADUCTION]
> Si les membres de direction du Tribunal sont tous choisis parmi les avocats praticiens, ils sont susceptibles d'apporter avec eux un cadre intellectuel et des méthodes qui ne conviennent pas tout à fait aux fonctions attribuées au Tribunal. (Campbell, 1975, p. 5)

On n'a pas, malheureusement, tenu compte de cet avertissement.

La prépondérance des avocats se manifeste principalement dans la structure du processus d'appel. Dans certains secteurs, les avocats participent également au mécanisme de réexamen en place au sein du ministère ou de l'organisme, sans toutefois jouer un rôle significatif à l'étape de la décision initiale. C'est ce qui expliquerait que les notions d'équité procédurale, de respect de la légalité, ainsi que les autres principes traditionnels du droit, soient quelque peu négligés au niveau des décisions initiales.

Un plus juste équilibre serait souhaitable entre l'approche juridique et d'autres points de vue dans l'ensemble du processus décisionnel. À l'heure actuelle, la discipline juridique est omniprésente à certaines étapes, alors qu'elle est écartée ou sous-utilisée au niveau des décisions initiales. La structure qui en résulte est susceptible d'entraîner des inégalités.

CHAPITRE NEUF

L'évaluation globale de l'approche australienne

I. Introduction

Ce document d'étude n'a pas pour objectif de porter un jugement de valeur global sur l'AAT; il vise uniquement à en décrire le fonctionnement, à faire ressortir ses forces et ses faiblesses, et à mettre en lumière les variables qui devraient être considérées dans l'optique de la création éventuelle d'une institution semblable au Canada. Par ailleurs, l'évaluation globale de son utilité dépend nécessairement de l'importance relative accordée à ses points forts et à ses points faibles, ainsi que de l'existence d'autres solutions.

II. Les réactions australiennes

En Australie, comme on pourrait s'y attendre, les réactions ont été fort diverses. Les commentaires favorables émanent de personnes qui ont eu gain de cause dans des affaires où elles ont joué un rôle quelconque, de personnes qui souhaiteraient voir «les bureaucrates rendre mieux compte de leurs décisions», ainsi que d'autres qui voient dans cette réforme un progrès du principe de légalité par l'extension du contrôle juridictionnel. D'autre part, un certain nombre de critiques ont été formulées, notamment contre les coûts élevés, les retards, les étapes superflues de la procédure, le formalisme excessif et les inégalités qu'engendre le système.

Il est évident que la création de l'AAT a eu des répercussions sur l'exercice des pouvoirs reconnus à l'Administration. Cependant, les préjugés ainsi créés à l'égard de l'AAT ont sans doute été atténués en grande partie par un autre aspect de la réforme. Une nouvelle industrie entraîne souvent la création d'industries connexes pour qui le maintien de l'activité de l'industrie principale revêt une importance capitale : c'est ce qui semble s'être produit dans le cas de l'AAT. Ainsi, lorsqu'on demande à un ministère ou à un organisme ce qu'il pense du rôle du Tribunal, il est compréhensible que cette demande soit acheminée aux personnes qui connaissent bien cette institution. Il s'agit habituellement des avocats du service de réexamen et des affaires législatives. Ces services ont été créés pour répondre en partie aux nouvelles attributions de l'AAT, et, en ce sens, ils en sont tributaires.

Les résistances manifestées au départ semblent avoir diminué pour de nombreuses raisons, notamment celle que nous venons de mentionner.

> [TRADUCTION]
> Les coûts et la complexité apparente qu'ont entraînés ces réformes du droit administratif, combinés au passage très rapide d'une administration fermée à une administration plus ouverte, ont suscité de vives résistances. Nous pouvons affirmer que les attitudes de la Fonction publique australienne ont beaucoup changé depuis deux ans. (Curtis, 1985, p. 17)

Le Gouvernement a accordé un appui clair à l'AAT. L'attitude de l'opposition est moins nette. Le chef de l'opposition a annoncé qu'en cas de victoire de son parti, il procéderait à une réduction des dépenses publiques et supprimerait un grand nombre d'organismes d'origine législative. Cette déclaration était accompagnée d'une liste des organismes condamnés. L'AAT n'y figurait pas, mais personne n'a prétendu que la liste était exhaustive[19].

III. Les tribunaux d'appel spécialisés

Si l'on compare les avantages offerts par un organisme comme l'AAT avec ceux que présentent les tribunaux d'appel plus spécialisés, il est difficile d'en arriver à une conclusion générale puisque le résultat varie selon le secteur concerné. Il est néanmoins possible de formuler certains commentaires de nature globale.

L'AAT offre dans bien des cas certains avantages. En particulier, l'étendue de sa compétence lui permet d'agir avec une plus grande indépendance à l'égard des pressions politiques ou administratives que ne le pourrait un tribunal d'appel ayant une compétence plus restreinte. De plus, le coût unitaire d'un appel sera censément moins élevé, surtout dans les domaines où le nombre des appels est très faible.

Ce serait faire fausse route que de considérer l'AAT comme un tribunal de compétence générale auquel il manquerait des connaissances spécialisées. Dans certains domaines, le nombre des affaires est tellement élevé que les membres de l'AAT sont forcés d'acquérir une connaissance approfondie du secteur concerné. De plus, les membres à temps partiel ont bien souvent une formation ou une expérience spécialisée, ce qui, dans une certaine mesure, est également le cas des membres à temps plein. L'AAT est donc à même d'offrir, du moins en partie, les avantages d'un tribunal spécialisé.

Par contre, dans certaines situations, un tribunal spécialisé serait plus efficace. C'est notamment le cas de domaines où la constance de la jurisprudence est capitale. Il en va de même lorsque la prise de décisions touchant des droits doit s'associer à l'action sur le terrain et à la prestation de services.

---

19. Réponse au budget présentée par le député John Howard, dans *Parliamentary Debates*, New ser., vol. H. of R. 150, p. 502 (21 août 1986).

IV. Les succès du Tribunal d'appel administratif

Dans les affaires dont il est saisi, l'AAT arrive habituellement à rectifier des injustices graves. Signalons à ce propos que la plupart des décisions infirmées par l'AAT ne sont pas seulement irrégulières, mais terriblement fâcheuses. Dans un cas, par exemple, le ministère de la Sécurité sociale avait supprimé une pension d'invalidité, arguant que puisque le requérant avait refusé de subir une laminectomie en raison des risques que pose ce genre d'intervention — peut-on l'en blâmer? — l'incapacité dont il se plaignait ne devait pas être permanente (*Re Korovesis*, 1983).

L'AAT a aussi exercé une influence salutaire pour inciter l'Administration à respecter davantage le droit. Enfin, nous avons déjà mentionné, sous les rubriques qui précèdent, d'autres réussites de l'AAT.

V. Les limites de l'action du Tribunal d'appel administratif

Nous avons fait état plus haut d'un certain nombre de facteurs qui diminuent l'efficacité de l'AAT. Son impuissance à modifier le processus décisionnel initial est probablement le plus important. Ce processus varie considérablement selon le ministère ou l'organisme concerné mais il comporte habituellement les étapes suivantes :

1. Un processus de décision initiale où celle-ci est prise de façon relativement automatique au vu des documents fournis — bien souvent des formulaires-types — par des personnes qui travaillent fréquemment sous pression dans un espace ouvert. On estime qu'en raison de leur capacité intellectuelle ou de leur formation, ces personnes ne sont pas aptes à poser des jugements à partir de variables données. Le système mis en place prévoit parfois que le décideur ne doit pas rencontrer l'intéressé. Si le requérant est interrogé, ce n'est que par le biais d'un intermédiaire que le décideur peut prendre connaissance de ses déclarations ou de ses arguments.

2. Un réexamen qui, encore une fois, peut se résumer à un simple échange de documents, mais qui peut également comprendre une entrevue avec le requérant.

3. La procédure d'appel à l'AAT, laquelle se veut conforme aux principes de l'équité procédurale.

À bien des égards, ce genre de structure semble l'antithèse de ce qui serait souhaitable. La nécessité de respecter certaines garanties procédurales varie selon l'importance de la question, le genre de problème (question de crédibilité, par exemple) et la marge d'appréciation discrétionnaire laissée au décideur par les critères décisionnels. Lorsqu'il s'agit d'une affaire importante et complexe, le problème du respect de certaines garanties procédurales ne devrait pas apparaître pour la première fois en appel. De fait, c'est au niveau de la décision initiale que ces garanties prennent toute leur importance.

Nous avons déjà fait allusion à un certain nombre d'inconvénients liés à la structure de l'AAT, en particulier ceux qui découlent de la procédure contradictoire. La séparation des pouvoirs entraîne d'autres inconvénients. Par exemple, lorsque l'AAT conclut qu'un requérant mérite une indemnité, mais que la loi ne lui donne pas le pouvoir d'en ordonner le paiement, il peut recommander un versement à titre gracieux. La décision appartient alors au ministre des Finances, qui refusera habituellement d'accéder à cette demande à moins que le ministère ou organisme ne lui indique son intention de faire modifier la disposition législative en cause.

> [TRADUCTION]
> Il en résulte que le requérant qui a réussi à mener à bien une poursuite longue et compliquée, sans doute coûteuse, en obtenant gain de cause devant l'AAT, doit alors s'attaquer à un autre adversaire, le ministre des Finances. Si le ministre refuse d'autoriser un versement à titre gracieux, les chances de succès du requérant, pourtant excellentes avant cette dernière étape, deviennent pratiquement nulles. (Palk, 1983, p. 117)

L'AAT et le SSAT font souvent face à des obstacles systémiques dont le dépassement suppose à la fois l'expérience de l'activité juridictionnelle et le pouvoir de faire des règlements. Comment expliquer à un requérant que le tribunal déplore l'injustice qui lui est faite mais qu'il lui est impossible d'intervenir vu l'état actuel de la réglementation? Il est compréhensible qu'une telle situation suscite un certain cynisme de la part du public, car les seules personnes devant qui un plaignant peut se faire entendre n'ont aucun pouvoir pour corriger la situation. C'est peut-être là le principal argument pour que le dernier niveau d'appel des décisions d'un organisme administratif se trouve à l'intérieur même de celui-ci et coïncide avec le siège du pouvoir réglementaire.

Comme pour la plupart des systèmes d'appel, l'efficacité de l'AAT est également restreinte par le fait que cette institution a été davantage conçue pour protéger les intérêts privés que pour promouvoir les impératifs plus diffus de l'intérêt public. Cette critique a été formulée dans le contexte de la sécurité sociale. On a fait valoir que, de façon générale, le système d'appel fonctionnait à sens unique, en faveur du requérant, et, en ce sens, encourageait la prodigalité et l'augmentation des charges publiques. Le domaine de la sécurité sociale n'est toutefois pas le meilleur exemple pour soutenir ce genre de critiques. Les efforts déployés en vue de rendre ce système d'appel plus humain ne se comparent pas aux pressions exercées en sens inverse en faveur de pratiques plus restrictives. En réalité, l'AAT n'a fait que contribuer à rétablir l'équilibre en rapprochant les critères d'admissibilité effectifs de ceux qui sont prévus par la loi.

On trouverait sans doute de meilleurs exemples de cette critique dans le contexte des permis. Si un service chargé d'accorder des permis adoptait une attitude restrictive en les refusant, en les suspendant ou en les annulant sans raison, les personnes intéressées pourraient contester ses décisions devant l'AAT. Mais si un service du même genre adoptait une attitude passive en accordant les permis sans procéder aux enquêtes nécessaires, et en refusant d'ordonner la suspension ou l'annulation d'un permis lorsque cela est justifié, il est peu probable que la juridiction de l'AAT (à supposer qu'il soit compétent) soit de quelque utilité pour protéger l'intérêt public, et il est fort possible qu'aucune autre solution n'existe.

C'est sans doute en matière de contrôle de la pollution que l'on pourrait trouver les exemples les plus graves de cette situation. Ainsi, en vertu de l'*Environment*

Protection (Sea Dumping) Act 1981, le refus d'accorder un permis, la suspension et la révocation d'un permis, ainsi que le refus de révoquer ou de modifier les conditions dont un permis est assorti, peuvent faire l'objet d'un appel devant l'AAT (Neuvième Rapport annuel de l'ARC, 1984-1985, p. 93). Il ne semble pas possible de contester par voie d'appel l'attribution d'un permis, et même si l'appel était recevable, encore faudrait-il qu'un organisme quelconque se charge d'examiner les permis octroyés pour décider s'il y a lieu d'interjeter appel. Par conséquent, en matière de lutte contre la pollution, le recours à une juridiction d'appel qui, comme l'AAT, fonctionne selon le modèle contradictoire, introduit dans le système une distorsion qui favorise les intérêts des entreprises au détriment des impératifs de la santé publique.

VI. Les effets temporaires et permanents

Pour apprécier la valeur d'une institution, il faut aussi tenter de déterminer quels sont, parmi les avantages et les inconvénients de cette institution, ceux qui sont permanents et ceux qui ne sont que transitoires. Dans cette optique, il semble que les problèmes les plus sérieux, en particulier ceux qui découlent de la procédure contradictoire, soient là pour rester alors que certains avantages ne sont que transitoires. Par exemple, la publication de manuels de procédure et certains autres aspects d'une «administration transparente» sont liés à l'ensemble des réformes administratives qui, entre autres, comprenaient la création d'un organisme d'appel comme l'AAT. Il est possible que la législation sur l'accès à l'information et l'Ombudsman soient suffisants à l'heure actuelle pour maintenir ces effets positifs. Par contre, la contribution de l'AAT pour assurer un meilleur respect du droit au sein de l'Administration constitue un apport positif très important et susceptible de durer. En outre, il est douteux que ce besoin puisse être comblé d'autres façons.

VII. Les variations selon le secteur d'activité

Nous avons tenté de cerner les réussites, les limites et les faiblesses de l'AAT, mais il faut bien se rappeler qu'elles varient nécessairement selon le secteur d'activité concerné. Et même si l'on retrouve des paramètres identiques, la valeur et la pertinence des arguments risquent de différer selon le secteur étudié, en particulier lorsqu'il existe des différences entre les structures d'appel envisageables.

Pour toutes ces raisons, il est évident que la définition du champ de compétence de l'AAT par une liste énumérative de ses attributions représente un meilleur choix qu'une formule globale. Cette approche exige cependant — et c'est là que le bât blesse — la mise sur pied d'un processus décisionnel permettant de déterminer avec rigueur et logique les cas d'application de la juridiction de l'AAT. Le processus risque, premièrement, d'être trop politisé pour être rigoureux; deuxièmement, d'être fondé sur des idées préconçues et sur des généralités, sans analyse des conséquences de l'organisation des compétences; troisièmement, de faire en sorte que l'étude empirique soit reléguée au second plan, derrière les débats de principe.

CHAPITRE DIX

Les solutions offertes au Canada

Notre but n'est pas de prôner ni de décourager l'adoption d'une structure du type de l'AAT au Canada, mais plutôt d'analyser le rôle de l'AAT en Australie pour aider le lecteur à évaluer les avantages que pourrait offrir un organisme semblable dans le contexte canadien.

Il serait trop facile de rejeter l'idée d'un tribunal d'appel administratif en prétextant que la situation canadienne est fort différente de celle de l'Australie. En réalité, nous n'avons pas constaté de différences essentielles entre les deux pays. On a par ailleurs soutenu que le Canada, à la différence de l'Australie, dispose déjà d'un éventail de tribunaux administratifs spécialisés et très bien organisés. Cet argument n'a toutefois d'intérêt qu'en ce qui a trait à l'étendue de la compétence d'un tel tribunal. Si l'on décidait de créer un tribunal semblable à l'AAT, il pourrait sembler normal d'écarter de sa compétence les décisions, ou du moins bon nombre de décisions, qui sont rendues par un tribunal administratif selon une procédure juste et équitable. Par exemple, il serait sans doute inopportun que les décisions du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en matière de permis soient susceptibles d'appel devant un tribunal d'appel administratif, bien que les décisions de ce type relèvent de l'AAT en Australie (voir, par exemple, *Re Control Investments Pty Ltd.*).

Pour apprécier intelligemment l'intérêt de la création d'un tribunal d'appel administratif, il conviendrait de prendre comme hypothèse de départ l'idée d'une juridiction limitée à certaines décisions émanant de ministères ou d'autres organismes publics, décisions pour lesquelles se fait sentir le besoin d'une nouvelle procédure d'appel externe. Cela dit, il faudrait encore déterminer, pour chaque activité juridictionnelle, s'il y a lieu de l'assujettir au nouveau mécanisme d'appel.

Bien entendu, il existe certaines différences entre l'Australie et le Canada en matière de partage des pouvoirs législatifs. Par exemple, le versement des allocations prévues par le système fédéral de sécurité sociale en Australie appartient, au Canada, en partie aux provinces (en vertu des lois sur les prestations familiales et l'aide sociale) et en partie au fédéral (en particulier, dans le cadre du système d'assurance-chômage et du Régime de pensions du Canada). Mais là encore, il est difficile de voir en quoi ces différences sont véritablement importantes, si ce n'est pour délimiter la compétence qu'il conviendrait de reconnaître au nouveau tribunal d'appel. Chose certaine, elles n'ont aucun intérêt pour ce qui concerne l'opportunité de créer un tribunal d'appel administratif.

Nous pensons que la création d'un tribunal d'appel qui fonctionnerait comme en Australie selon le modèle contradictoire serait encore préférable au *statu quo*. Il

demeure néanmoins que cette solution ne sera jamais qu'un pis-aller par rapport aux autres possibilités à cet égard, et qu'il n'y a pas lieu de lui accorder la priorité dans le cadre de la réforme du droit administratif. On trouvera ci-dessous le point de vue de l'auteur sur les autres solutions possibles.

I. La réforme de la prise de décision initiale

Certains de nos mécanismes de prise de décision initiale présentent les mêmes faiblesses que celles observées en Australie, et parfois même à un degré encore plus élevé. Lorsqu'on s'en plaint, on ne pense généralement qu'à introduire un nouveau niveau d'appel ou à modifier les mécanismes d'appel existants; autant mettre un cataplasme sur une jambe de bois. Pour qu'un mécanisme d'appel soit efficace et qu'il ne devienne pas une source d'iniquité en faisant bénéficier de critères plus favorables les personnes qui portent plainte, il doit être conçu de façon à corriger les erreurs occasionnelles d'un processus décisionnel qui, à tous autres égards, fonctionne de façon satisfaisante et permet normalement d'en arriver à une solution judicieuse du premier coup.

Il serait tout à fait possible de revoir les processus de décision initiale, de façon que les décideurs de premier niveau aient les compétences, les pouvoirs et le temps nécessaires pour être en mesure, dans un cadre professionnel propice, de rassembler les éléments de preuve, de voir au nécessaire et de statuer d'une manière aussi intelligente qu'une juridiction d'appel. Il importe par dessus tout que la responsabilité de chaque dossier soit confiée à une personne habilitée à prendre les décisions nécessaires à communiquer au besoin avec les intéressés. Il lui faudra notamment faire des enquêtes personnelles et recevoir directement les témoignages et arguments. C'est pourquoi la décision initiale devrait, dans la plupart des cas, être prise à l'échelon local.

Pour certains types de décisions, la divulgation des motifs devrait être obligatoire, sans qu'il soit nécessaire d'en faire la demande. Cette mesure viserait principalement à faire en sorte que les décisions soient fondées sur des motifs sérieux, à tout le moins dans l'esprit du décideur. Or, cet objectif n'est pas atteint lorsque les motifs sont formulés a posteriori, en réponse à une demande. Par ailleurs, il n'est pas question ici de recourir au style solennel des jugements; il suffit de quelques phrases simples et intelligibles pour expliquer la position retenue.

La principale difficulté semble liée aux pressions politiques et bureaucratiques qui continuent de miner l'efficacité au niveau de la décision initiale. Nous allons maintenant essayer de trouver une solution pour venir à bout de ces pressions.

II. La suppression du réexamen

Comme en Australie, la législation canadienne exige dans bien des cas le réexamen interne comme préalable de la saisine d'une juridiction d'appel. Nous avons formulé plus haut certaines objections contre cette pratique (voir la section V du chapitre cinq).

Or, ces critiques se justifient encore davantage lorsque, comme dans certains de nos systèmes, la décision prise par un fonctionnaire à l'issue du réexamen est communiquée au requérant sous la signature du ministre. Pour les gens ordinaires qui ne font pas de distinction entre les formes officielles et la réalité, le fait de présenter une décision comme émanant du sommet de la pyramide risque de les décourager d'exercer leur droit d'appel.

Il faudrait abolir le mécanisme du réexamen. Et comme ce mécanisme est le résultat naturel de pressions normales d'origine politique et bureaucratique, il faudrait l'interdire expressément dans la loi. En outre, il conviendrait de confier à un organe quelconque la tâche de faire respecter cette interdiction et d'imposer des sanctions. Dès réception de la décision initiale, le citoyen concerné aurait le droit de saisir un tribunal d'appel. Cette possibilité inciterait fortement les décideurs initiaux à faire preuve de plus de précision et de sérieux, ce qui est très souhaitable.

Il est évident que certaines affaires doivent être examinées par des fonctionnaires supérieurs. Mais comme il s'agit d'une étape où, la plupart du temps, la personne qui est en contact avec un organisme public n'est pas représentée par un conseiller professionnel, on se trouve à créer un régime inégalitaire lorsque l'échelon auquel une question est tranchée dépend de ce que l'intéressé porte plainte ou non à la suite d'une décision défavorable. La suppression de l'étape du réexamen aurait pour effet d'introduire un système de triage préalable des dossiers, ceux-ci étant attribués à différents niveaux hiérarchiques en fonction du type de décision à prendre, et non pas en fonction de la persévérance ou de l'agressivité de l'administré.

III. Pour un tribunal d'appel administratif de type inquisitoire

Il s'agit maintenant d'examiner l'hypothèse d'un tribunal d'appel dont l'organisation, les ressources humaines, les installations matérielles et les procédures seraient fonction d'un modèle inquisitoire et non pas contradictoire. Les membres du tribunal seraient chargés de cerner les questions en litige, de faire enquête sur les plaintes, ce qui pourrait éventuellement les amener sur le terrain. Des employés pourraient exécuter certaines tâches d'importance secondaire dans le cadre des enquêtes. Toute tentative d'accommodement serait strictement interdite : la possibilité pour l'administré d'obtenir rapidement un jugement du tribunal d'appel doit inciter le décideur initial à étudier soigneusement les affaires qui lui sont soumises, et à rendre des décisions bien fondées.

La rigidité du système contradictoire, où tous les témoignages et arguments doivent être présentés au cours d'une audience, serait ainsi éliminée, sans que cela nuise pour autant au respect des éléments fondamentaux de l'équité procédurale, comme le droit de connaître la nature des preuves présentées par la partie adverse et le droit d'être entendu. La représentation par avocat serait permise, mais à titre supplétif seulement. Le tribunal ne dépendrait pas de la présence des avocats et serait même

conçu pour fonctionner sans eux. Il interrogerait lui-même les témoins, les contre-interrogerait au besoin, tout en permettant aux représentants des parties, le cas échéant, de poser des questions.

Cela ne veut pas dire que la représentation par avocat ou par conseil serait découragée, ni qu'on y ferait obstacle. Bien au contraire, la représentation est parfois plus utile et plus efficace dans le cadre d'une procédure inquisitoire; l'interaction entre le représentant de l'intéressé et le tribunal se rapprochant davantage du dialogue, le représentant est plus à même de comprendre les préoccupations du tribunal et vice versa.

Pour le choix des membres du tribunal, il serait préférable de rejeter les personnes qui ont l'expérience du système contradictoire, ou du moins d'en faire un obstacle sérieux.

L'appel ne constituerait pas un procès *de novo*. Le dossier de l'organisme ayant pris la décision initiale ferait normalement partie des documents examinés et soumis à l'enquête. Ainsi, le tribunal d'appel pourrait exercer une influence positive sur le processus de décision initiale et sur les critères décisionnels de l'organisme.

L'idée d'un tribunal d'appel créé selon le modèle inquisitoire est alléchante, mais les nombreux obstacles de nature politique qui ne manqueraient pas de surgir pour faire échec à sa création et à son maintien n'ont rien de rassurant. En effet, ce tribunal fonctionnerait à l'encontre de la formation et des habitudes de la communauté juridique au Canada, de sorte que l'on peut s'attendre à de fortes pressions pour lui faire adopter le modèle contradictoire. En outre, il se pourrait que, pour des raisons politiques, il soit impossible de créer un tribunal d'appel administratif au Canada, quelle qu'en soit la forme, sans prévoir également un droit d'appel devant la Cour fédérale, ou du moins une possibilité de contrôle judiciaire par la Cour fédérale, ce qui inciterait encore davantage le tribunal à fonctionner selon le modèle contradictoire. Avec une telle structure, on risque d'avoir beaucoup plus de difficultés à retenir les services de personnes d'envergure pour ce tribunal.

D'autre part, on pourrait même s'interroger sur la constitutionnalité d'un tel tribunal. Une des juges de la Cour suprême du Canada s'est montrée disposée à tenir compte de la théorie de la séparation des pouvoirs dans l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la juge Wilson dans *Operation Dismantle*, [1985] 1 R.C.S. 441, 491). Si cette opinion devait prévaloir, il se pourrait qu'aucune autorité législative ne puisse créer un tribunal ou une cour de justice selon le modèle inquisitoire.

Il serait peut-être possible de créer un tribunal d'appel administratif de type inquisitoire, dont les décisions seraient définitives, en lui confiant une compétence parallèle à celle de la Cour fédérale. Le requérant aurait ainsi le choix. En pratique, on pourrait s'attendre à ce que la plupart des requérants choisissent le tribunal administratif pour des raisons de coûts, de rapidité et de commodité; la possibilité de saisir une cour de justice pourrait néanmoins contribuer à écarter les obstacles de nature politique et constitutionnelle à la création d'un tribunal d'appel administratif.

IV. L'hypothèse d'une vérification juridique

Nous avons également examiné une autre solution qui a pour objectif de renforcer le respect du droit au sein de l'Administration grâce à l'introduction d'une forme de vérification juridique. La contribution que pourraient apporter les avocats au respect de la légalité ne devrait certainement pas se limiter au rôle qu'ils jouent dans la pratique contentieuse. Un avocat nommé par l'État ne pourrait-il pas jouer un rôle de vérification en examinant des dossiers choisis au hasard, et en interrogeant le personnel pour vérifier si tel ou tel ministère respecte ses obligations aux yeux de la loi?

Cette proposition s'appuie sur l'idée qu'une injustice n'est pas forcément suivie d'une plainte; c'est pourquoi on ne peut s'en remettre uniquement aux plaintes des victimes d'une décision injuste pour lutter de façon globale contre les injustices. La grande majorité des citoyens ne sont pas représentés par avocat lorsqu'ils traitent avec l'Administration, et les personnes qui risquent le plus d'être victimes d'une décision administrative injuste sont bien souvent celles qui n'ont pas suffisamment confiance en elles, ou qui n'ont pas la capacité de s'affirmer ni les moyens nécessaires pour se prévaloir des voies d'appel.

Les ministères et organismes administratifs font bien l'objet d'une vérification financière, mais celle-ci a très peu de répercussions sur la question du respect du droit. L'objectif traditionnel de cette vérification financière est de veiller à ce que les versements effectués aient été autorisés et utilisés à bon escient, et que les recettes soient bien comptabilisées. Plus récemment, la vérification financière s'est étendue à d'autres aspects de l'efficacité. Pour ce qui concerne le droit, la vérification financière se limite au problème des dépenses non autorisées, sans toucher à la question du respect des obligations légales.

À la réflexion, cependant, il n'est pas sûr que l'instauration d'un mécanisme de vérification juridique serait très avantageuse. Parmi les divers choix de carrière s'offrant aux avocats, ce rôle de vérificateur serait sans doute l'un des moins prestigieux, si bien qu'il serait difficile d'attirer les talents susceptibles de le remplir efficacement.

Deuxièmement, la plupart des lois dans les secteurs controversés n'imposent pas des obligations, mais confèrent des pouvoirs aux organismes administratifs. Or, si la vérification juridique était limitée aux obligations de ces organismes, elle risquerait de passer à côté des secteurs les plus critiques. Par contre, si la vérification juridique devait englober l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, cela ne serait jamais que de façon limitée, par rapport à certains critères généraux. En tout cas, elle ne pourrait remettre en question les choix politiques fondamentaux.

Troisièmement, il n'est pas rare que le droit puisse être interprété de différentes façons. Et l'interprétation retenue sera souvent celle des hauts fonctionnaires du ministère ou de l'organisme, qui sont dans la plupart des cas des avocats. Ils pourraient alors craindre, à juste titre, que leur interprétation puisse être contestée par une personne ayant moins d'expérience, qui n'a pas la même connaissance des origines, du contexte et des objectifs de la loi.

L'idée de la vérification juridique serait cependant beaucoup plus défendable si on lui donnait une portée plus restreinte, à savoir celle de veiller à la transparence des

règles appliquées par les ministères et les organismes administratifs. Le public devrait avoir accès aux manuels de procédure, et ceux-ci devraient normalement contenir les critères qui orientent les décisions. L'interprétation interne d'une loi ou les critères décisionnels secrets, qu'ils soient communiqués par des notes de service ou oralement dans le cadre de la formation du personnel, devraient être rendus publics et les secrets administratifs être dénoncés.

L'Administration fédérale au Canada semble en général avoir bien accepté l'idée de la transparence du droit. Il reste à instaurer des mécanismes de surveillance pour assurer le respect de l'interdiction du secret. Il s'agit là bien entendu d'une fonction plus limitée qui n'exige pas les services d'un avocat. Elle pourrait peut-être s'ajouter aux responsabilités actuelles du vérificateur général.

V. La création d'un Ombudsman

La création d'un Ombudsman fédéral peut également être envisagée comme solution au Canada. Cette question a déjà été largement débattue et nous n'avons pas l'intention de nous y attarder ici.

Nous n'avons parlé que des réformes qui pourraient avoir une application générale. Il est évident que certains cas particuliers pourraient appeler des solutions spécifiques, comme la création d'un tribunal d'appel spécialisé ou une nouvelle procédure d'appel interne respectant les règles de l'équité procédurale.

CHAPITRE ONZE

Les perspectives d'avenir pour le Canada

I. Introduction

Nous avons évoqué au chapitre dix un certain nombre de solutions qui pourraient s'appliquer au Canada. Examinons maintenant les modalités de mise en œuvre d'une réforme dans ce domaine, compte tenu de l'existence au Canada de tribunaux d'appel spécialisés solidement établis, ainsi que d'autres voies d'appel dans des domaines précis.

Le fondement de l'existence d'un droit d'appel est examiné dans un autre document d'étude (Wilson, 1986). Ce document décrit également les structures d'appel administratives existant au Canada et analyse les limites du contrôle judiciaire[20]. C'est pourquoi nous ne reviendrons pas sur ces questions.

II. La nécessité d'études sectorielles

Il n'est pas possible de faire un choix intelligent entre la création d'un tribunal du type de l'AAT et le maintien des organismes d'appel sectoriels, ou l'adoption d'autres solutions en matière d'appel, sans avoir bien compris les conséquences qu'auraient ces différentes solutions pour chacun des secteurs concernés. Et cette compréhension requiert une étude d'impact pour chaque secteur d'intervention. Selon la nature et le nombre des décisions qu'on y prend, les intérêts publics et privés en jeu, les objectifs visés, la composition de la clientèle et son niveau d'organisation, la tradition et la complexité des questions en jeu, ces solutions auront des effets fort différents d'un secteur à l'autre.

Ce que nous proposons ici, ce n'est pas une série d'études sectorielles portant exclusivement sur les mécanismes d'appel et visant à déterminer celui qui convient le mieux à chaque secteur. Ce genre d'approche présente peu d'intérêt. Pour examiner correctement ce que pourrait être le mécanisme d'appel le mieux adapté à un secteur d'intervention, il faut tenir compte de la structure et de la nature du processus

---

20. Les limites du contrôle judiciaire sont aussi examinées dans T.G. Ison, «The Sovereignty of the Judiciary», (1986) 27 *C. de D.* 503.

décisionnel, de l'élaboration de la politique en vigueur et de la réglementation, des techniques et des stratégies d'enquête, ainsi que des sanctions.

En d'autres termes, il ne sert à rien d'essayer de trouver le meilleur mécanisme d'appel pour un secteur donné avant que l'État ne soit disposé à entreprendre une étude complète de ce secteur. Il faudrait commencer par effectuer une analyse des problèmes qui se posent, du droit substantif régissant le secteur, des objectifs, des pratiques institutionnelles et des pressions politiques s'exerçant dans ce domaine. Cette approche est la seule qui permette d'examiner les mécanismes de décision initiale ou d'appel sur la base d'une bonne compréhension des conséquences éventuelles de chaque solution envisageable.

C'est pourquoi une étude qui se limiterait uniquement à l'examen des mécanismes d'appel risquerait de passer à côté des véritables problèmes. Le danger est d'accorder trop d'importance à l'adoption ou à la formulation de principes généraux, de remplacer les efforts d'investigation par des «raisonnements» et d'arriver à des conclusions sans comprendre les répercussions que peuvent avoir les mesures proposées. On risquerait également d'accorder une importance excessive à l'uniformité, si bien que pour toutes ces raisons, il deviendrait difficile de réaliser les objectifs publics visés. En outre, une étude limitée aux structures d'appel ne permettrait pas de déterminer objectivement les besoins spécifiques des différents secteurs, car elle tendrait presque inévitablement à privilégier l'uniformité.

Les études sectorielles devraient également analyser l'importance des pressions exercées par les associations et les autres forces politiques dans le domaine concerné, en particulier lorsque s'y affrontent des objectifs d'intérêt général et des intérêts privés. Par exemple, si l'effet normal des pressions politiques dans ce secteur vient renforcer la poursuite d'objectifs publics, un mécanisme d'appel pourrait servir à protéger les intérêts privés. Par contre, lorsque l'effet habituel des pressions politiques tend à favoriser les intérêts privés au détriment des objectifs d'intérêt général, la création d'un nouveau mécanisme d'appel risque d'aggraver la situation.

Des études sectorielles seront également nécessaires pour la compréhension de la complexité de chacun des secteurs. Imposer de nouvelles structures d'appel à la suite d'une étude générale des mécanismes d'appel, ce serait un peu comme faire entrer un éléphant dans un magasin de porcelaine. On risquerait notamment de méconnaître la complexité d'un secteur donné. Et celui qui voudrait effectuer une étude globale des mécanismes d'appel ne serait pas vraiment en mesure de vérifier le bien-fondé des allégations des ministères et tribunaux concernés quant à la complexité de leur domaine et, pour cette raison, son enquête pourrait surestimer la complexité du secteur en cause.

Les études sectorielles permettraient une meilleure appréciation du rôle joué par le personnel administratif dont le travail pourrait être modifié par l'instauration d'un nouveau mécanisme d'appel. Il est vrai que leur opinion pourrait refléter certaines attitudes négatives, voire des conflits d'intérêts ou une vision étriquée de la situation. Ces considérations justifieraient un examen attentif de leurs opinions et craintes sans toutefois chercher à n'en pas tenir compte. La participation du personnel administratif constitue un élément essentiel de toute étude portant sur leur travail et les services offerts à la collectivité par l'organisme, à la fois pour vérifier l'exactitude des faits et pour démontrer au personnel le sérieux de l'enquête. Pour être adéquate, une enquête

dans ce domaine ne doit pas se limiter aux mécanismes d'appel mais avoir principalement pour objet le rôle de l'Administration dans son secteur d'intervention.

Enfin, les études sur le terrain constituent le préalable de toute décision éclairée sur la question des nouveaux mécanismes d'appel. Les décideurs doivent passer un certain temps au sein du ministère ou de l'organisme étudié pour comprendre ses objectifs, sa structure, ses pratiques, ses problèmes et ses méthodes de travail. En outre, l'étude devrait comprendre également des sondages. Par exemple, lorsqu'il existe un mécanisme d'appel, dans quelle mesure y recourt-on? Quels sont les facteurs qui limitent son utilisation (délais, frais, emplacement, procédure, rituel, etc.)? Quelle est l'opinion des personnes qui ont eu recours au mécanisme d'appel ou qui ont choisi de ne pas interjeter appel alors qu'elles le pouvaient? Quel est l'effet des décisions d'appel sur le processus décisionnel? Le mécanisme d'appel en place a-t-il tendance à promouvoir ou à contrarier les objectifs généraux du système? Les mécanismes d'appel en place donnent-ils lieu à des abus? La réforme proposée permettra-t-elle d'enrayer ces abus? Les données statistiques et autres renseignements généralement disponibles ne permettent pas de répondre à ces questions fondamentales.

Il n'est pas impossible qu'en définitive les études sectorielles amènent à perpétuer, entre les divers secteurs, des différences qui n'ont pas leur raison d'être. Les recommandations formulées dans ces études pourraient varier, non seulement à cause des différences révélées par l'enquête, mais également en fonction des préférences des divers chercheurs, qui peuvent partir d'hypothèses différentes ou apprécier de diverses manières les variables. Ce risque est peut-être réel, mais, selon l'ensemble de nos observations, il vaut la peine d'être couru. Il peut être atténué par des lignes directrices générales, dont nous allons entreprendre l'élaboration dans les paragraphes qui suivent.

III. Le dilemme procédural

Comme nous venons de le voir, la seule manière efficace d'aborder la révision des mécanismes d'appel serait de procéder à des études sectorielles qui traiteraient également des autres aspects du domaine concerné. Seulement, cette méthode est peut-être la plus difficile à utiliser sur le plan politique. Que l'on préfère (comme l'auteur) la création d'un tribunal d'appel fonctionnant selon un modèle inquisitoire, ou d'un tribunal fonctionnant selon un modèle contradictoire (comme c'est le cas en Australie), ou encore une autre réforme des mécanismes d'appel, le processus d'étude décrit plus haut soulève un problème fondamental. Il est impossible de créer un nouveau tribunal d'appel sans lui attribuer une compétence. D'un autre côté, une série d'études sectorielles ne pourra déboucher sur l'attribution d'une compétence matérielle à ce nouveau tribunal, tant que la juridiction et la conception de celui-ci n'auront pas été déterminées avec une certaine netteté.

Dans ces conditions, nous proposons l'approche suivante :

1. Publication de documents de travail.

2. Si la Commission de réforme du droit décidait, après avoir examiné les réactions, de recommander la création d'un tribunal d'appel administratif, publication d'un rapport qui comprendrait :

   a) une description générale du tribunal proposé (mais sans préciser sa compétence d'attribution);

   b) des lignes directrices en vue d'établir la compétence matérielle du tribunal au moyen d'études sectorielles ultérieures.

   Nous avons déjà mentionné la nécessité de procéder à ces études sectorielles et nous présentons plus loin quelques lignes directrices à leur sujet.

3. Examen des mécanismes d'appel dans le contexte des études sectorielles. La plupart des activités de l'Administration sont assujetties à un processus de contrôle de la part d'une commission royale, de la Commission de réforme du droit et parfois d'un autre genre d'organisme. Le choix du mécanisme d'appel approprié à un domaine d'intervention devrait être examiné dans ce contexte. De plus, la nécessité d'effectuer une enquête en ce sens pourrait entraîner la création d'une commission d'enquête sur un secteur d'activité.

4. Dès que l'on aura réuni certains champs de compétence matérielle pouvant être confiés au tribunal d'appel administratif, présentation au Parlement d'un projet de loi sur la création de ce tribunal.

Il existe bien entendu d'autres façons de procéder. On pourrait par exemple constituer un organisme permanent (comparable à l'Administrative Review Council australien) qui formulerait des recommandations sur la compétence d'attribution du nouveau tribunal. Un tel organisme risquerait toutefois de rafler sans discernement tous les domaines d'intervention pour les attribuer au tribunal, surtout s'il devait incomber, en pratique, à chaque ministère ou organisme de justifier les exceptions à la compétence générale du tribunal. La principale objection que l'on puisse faire à cette approche, c'est de tendre à modifier les mécanismes d'appel sans que les répercussions éventuelles de cette réforme sur les divers secteurs concernés aient été envisagées sérieusement.

Même si nous avons proposé que les décisions en matière de réforme des mécanismes d'appel soient prises sur la base d'études sectorielles, il est néanmoins possible de formuler un commentaire plus général sur la création de mécanismes d'appel au sein de l'Administration fédérale canadienne. Les observations qui suivent pourraient servir de point de départ pour l'élaboration des lignes directrices dont nous avons parlé au paragraphe 2b).

IV. La remise en cause du droit d'appel

Ce serait faire fausse route que d'ériger en postulat la nécessité d'un mécanisme d'appel externe (voir Wilson, 1986). En effet, il existe un grand nombre de décisions administratives à l'égard desquelles personne n'oserait revendiquer un droit d'appel, ou du moins pour lesquelles l'opportunité d'un tel droit est très discutable.

Tout d'abord, il y a les décisions que l'on qualifie habituellement d'«administratives»; par exemple, la décision d'un directeur de prison de commander un certain type de chaises ou de peindre les murs des couloirs. La plupart des gens conviendraient sans doute que la création d'un droit d'appel pour ce genre de décision ne serait pas dans l'intérêt général. On considère généralement que les plaintes concernant les décisions de ce genre devraient faire l'objet d'un contrôle administratif ou politique, sous réserve, également, du contrôle du vérificateur général.

Deuxièmement, il existe des situations où il est tout simplement impossible à l'Administration de donner suite à toutes les demandes qui lui sont présentées. Par exemple, il suffit d'évoquer l'attribution de contrats, de subventions, de prix, ainsi que les nominations et l'avancement. Dans les cas de ce genre, il serait impossible d'accorder un droit d'appel aux demandeurs déçus sans introduire des délais préjudiciables au fonctionnement du processus décisionnel, ni sans causer certains ennuis aux personnes de bonne foi qui ont eu meilleure fortune. Dans certaines situations, l'existence d'un droit d'appel pourrait également compromettre l'intégrité du processus de prise de décision initiale.

Troisièmement, il existe des situations où la décision est assujettie à l'observation de certaines conditions par le requérant (par exemple, l'examen visant l'obtention d'un permis de pilote). Il pourrait s'avérer difficile d'enquêter sur la valeur de l'épreuve imposée, d'autant que cet exercice risquerait de détourner l'administrateur de l'examen du bien-fondé de la demande. Dans certaines de ces situations, l'existence d'un droit d'appel pourrait être nuisible; il vaudrait sans doute mieux offrir à l'administré la possibilité de passer un nouvel examen ou une nouvelle épreuve.

Quatrièmement, dans certains domaines, les décisions initiales émanent de tribunaux administratifs bien organisés, dans le respect des principes de l'équité procédurale. Dans ce cas, la création d'un droit d'appel ou d'un palier d'appel supplémentaire risquerait d'être préjudiciable, surtout si l'instance a déjà donné lieu à des débats longs et complexes ou si le règlement du litige est urgent. En outre, l'institution d'un nouveau droit d'appel pourrait être une source d'oppression, d'abus ou d'injustices si le domaine concerné met en présence des parties aux moyens financiers disproportionnés.

Cinquièmement, il existe des tribunaux, comme la Commission des relations de travail du Canada, qui sont composés de représentants des associations touchées par les décisions. Il ne serait peut-être pas souhaitable que les décisions d'un tribunal de ce type soient susceptibles d'appel devant une juridiction ayant une compétence plus générale.

Ce dernier exemple nous amène à examiner une autre question. La composition des commissions des relations du travail les rend plus aptes à trancher la plupart des affaires qui leur sont soumises. Cette composition peut en revanche constituer un net désavantage dans certains genres d'affaires. Par exemple, on pourrait penser qu'il n'est pas souhaitable de confier à un représentant patronal et à un représentant du monde syndical une affaire qui concerne pour l'essentiel un litige entre deux syndicats. De même, cette composition n'est peut-être pas souhaitable lorsqu'il s'agit d'un travailleur qui conteste la position défendue à la fois par son syndicat et son employeur. Il serait possible d'atténuer ces difficultés, sans pouvoir toutefois les résoudre entièrement, en

modifiant la composition de la Commission des relations du travail selon le genre d'affaire entendue.

L'idée de confier à un autre tribunal ce genre d'affaire n'est pas dénuée de mérite. Si on devait la retenir, il faudrait toutefois que cet autre tribunal soit une juridiction de première instance et non pas d'appel. Cela nous amène à parler d'une question plus générale. Dans l'éventualité de la création d'un tribunal semblable à l'AAT, il serait peut-être inutile, voire nuisible, de préciser qu'il ne connaît d'une affaire qu'en appel. Il serait peut-être souhaitable en effet de confier à ce tribunal certains types d'affaires en première instance. Cette possibilité devrait être étudiée dans la définition de sa compétence.

Les exemples donnés dans cette section ne forment pas une liste exhaustive. Nous les avons mentionnés pour faire ressortir la circonspection qu'exige la création de nouveaux droits d'appel, ainsi que la fausseté du postulat voulant que l'institution d'un nouveau droit d'appel soit toujours une bonne chose.

V. Les appels internes

Dans les domaines où l'on reconnaît que toute décision devrait être susceptible d'appel, la plupart des avocats pensent généralement que cet appel devrait être confié à un organisme extérieur à celui ayant pris la décision initiale, c'est-à-dire à un organisme indépendant. Pourtant, un mécanisme d'appel interne est parfois plus «indépendant» qu'un organisme externe, du moins en un certain sens. Par exemple, lorsque les décisions initiales relèvent d'un grand nombre de fonctionnaires faisant partie du personnel d'une commission et que l'on peut en interjeter appel devant des commissaires, ceux-ci peuvent être des personnes qui travaillent dans des endroits distincts, qui ont des origines socio-économiques et professionnelles différentes, qui sont nommés selon d'autres modalités et qui peuvent avoir une perspective plus large.

On prend fréquemment comme modèle l'organisation des tribunaux judiciaires, ce qui n'empêche pas qu'on surestime bien souvent la nature et le degré de l'indépendance dont jouissent ces tribunaux. À la lecture des lois et des autres documents officiels, une cour d'appel peut paraître tout à fait distincte d'un tribunal de première instance, mais ces deux tribunaux peuvent néanmoins avoir des liens très serrés. Par exemple, les juges de ces tribunaux sont nommés selon la même procédure. Ils appartiennent à la même profession, et, habituellement, ils ont des antécédents socio-économiques comparables, ils fréquentent les mêmes cercles mondains et la cour d'appel est souvent située dans le même immeuble que le tribunal de première instance. Et pourtant, on ne présume pas que cela porte atteinte à la validité du mécanisme d'appel.

Bien entendu, on ne saurait cautionner un système dans lequel les décideurs ou les gestionnaires de l'étape de la décision initiale pourraient donner des directives à l'organisme d'appel ou exercer un droit de regard sur ses décisions. Mais il n'est pas nécessaire que les mécanismes d'appel internes fonctionnent de cette façon. Par exemple, dans le cas d'une commission où l'appel en dernier ressort est confié aux commissaires, s'il arrive que l'organisme d'appel donne des directives aux décideurs initiaux, l'inverse est inconcevable. Sur ce point, cette structure ne diffère pas de

l'organisation judiciaire où les tribunaux d'appel orientent les tribunaux de première instance sur les critères à appliquer.

Un mécanisme d'appel interne peut également contribuer à coordonner l'élaboration et l'application de politiques. Dès lors que l'on reconnaît que les décisions d'appel, du moins en dernier ressort, constituent en soi des énoncés de politiques, des conflits d'orientation pourraient surgir si les appels relevaient d'un organisme externe coupé de l'organisme de premier niveau.

En outre, lorsque la personne qui définit les grandes orientations dans le cadre du processus d'appel dispose également du pouvoir de donner des directives pour les faire appliquer, cette personne est bien placée pour veiller à ce que ces orientations soient appliquées en première instance. Une telle structure permet de coordonner l'élaboration des politiques et contribue également à assurer l'égalité de traitement à tous les échelons.

Il est probablement plus facile de trouver des personnes compétentes pour occuper les postes de gestion supérieure si les titulaires doivent aussi disposer des appels en dernier ressort. Si, par contre, les appels sont soumis à un autre organisme, le décideur initial relèvera généralement d'une personne qui, ayant une formation de gestionnaire ou d'administrateur, n'attache pas beaucoup d'importance à l'équité procédurale ni aux autres éléments dont dépend la qualité des décisions.

Le fait que le président de la juridiction d'appel de dernier ressort soit aussi le haut fonctionnaire responsable du processus de décision initiale peut offrir d'autres avantages. Par exemple, la variété des fonctions exercées risque d'attirer davantage de candidats. Occuper un poste dont la seule fonction est de rendre des décisions peut être une source d'ennui. Mais, chose plus importante, cette structure permet d'accélérer les audiences et les décisions. Lorsque le président du tribunal se consacre principalement à des fonctions administratives qui lui laissent une grande souplesse dans la planification de son temps, il peut être assez facile de fixer les jours d'audience et de rédiger les décisions, pour ainsi réduire les délais[21]. En revanche, lorsque les appels en dernier ressort sont confiés à un tribunal qui n'exerce aucune fonction administrative, inévitablement les causes s'accumulent sur le rôle et la notion d'urgence perd toute signification.

Un mécanisme d'appel interne peut également faciliter le contrôle de la prise de décision initiale et contribuer à la qualité des décisions. Par exemple, le dirigeant peut plus aisément déterminer les affaires qui exigent plus d'expérience. En outre, ce mécanisme permet de former les décideurs initiaux non seulement par des cours, mais également par des exemples concrets. Une procédure interne d'appel constitue de plus une source d'information pour les décisions relatives au choix du personnel, aux qualités requises et à sa formation, pour l'élaboration de critères décisionnels et pour la rédaction des documents de l'organisme. Lorsque le président de la juridiction d'appel

---

21. Telle était la politique suivie à la Commission des accidents du travail de la Colombie-Britannique à l'époque où l'auteur en était le président. Lorsqu'une audience était nécessaire au niveau de l'appel en dernier ressort, elle était tenue dès que l'appelant était prêt. L'audition avait lieu habituellement quelques jours après la réception de l'avis d'appel. Les décisions étaient généralement rendues juste après l'audition ou dans un délai d'une semaine. La raison en est que le président consacrait la plus grande partie de son temps à l'administration et à la planification, fonctions qui, la plupart du temps, n'exigeaient pas d'heures fixes. Cela lui laissait toute latitude pour donner la priorité aux appels.

(en dernier ressort) et le cadre supérieur responsable des décisions initiales sont des personnes différentes, il n'est pas réaliste de croire que ces avantages peuvent être obtenus par un échange réciproque d'informations.

Les mécanismes d'appel internes peuvent aussi comporter des inconvénients. Les pressions politiques et la sclérose intellectuelle qui découle de l'isolement peuvent déformer l'appréciation des faits. Certains effets insidieux peuvent apparaître lorsque l'on accepte aveuglément l'avis des experts de l'organisme. Si un même expert intervient aux différents niveaux décisionnels, c'est un peu comme si la structure n'offrait aucun droit d'appel.

Il n'est pas dans notre intention de démontrer ici la supériorité du mécanisme d'appel interne sur le mécanisme externe, ou le contraire. Plus modestement, il s'agit de montrer qu'aucune solution n'est a priori vraiment supérieure à l'autre. Les deux types de mécanismes devraient faire partie des solutions envisagées dans les études sectorielles.

Lorsqu'on considère un système qui comprendrait à la fois des mécanismes d'appel externes et internes, on présume souvent que le dernier niveau d'appel doit être automatiquement confié à un organisme externe. Là encore, ce postulat n'a aucun fondement valide.

Si le niveau d'appel intermédiaire est normalement le dernier recours sur les questions de fait, on pourrait dans certains cas réunir les avantages des mécanismes internes et externes en attribuant cette compétence à un organisme externe, l'appel définitif étant tranché à l'intérieur. Grâce à une telle structure, la juridiction de dernier ressort serait plus en mesure de contrôler le respect de ses décisions en première instance, ce qui atténue les risques de divergence d'orientation. Il en résulterait également des avantages pour l'appelant car l'appréciation des circonstances particulières de son dossier serait exempte des pressions qui pourraient s'exercer sur un mécanisme interne.

Rappelons pour terminer que cette évaluation des avantages offerts par les mécanismes internes n'a de sens que si de tels mécanismes respectent les exigences fondamentales de toute procédure d'appel, en particulier le droit d'être entendu. Pour les raisons exprimées au chapitre dix, il faudrait supprimer les procédures internes de réexamen qui ne respectent pas ces exigences.

VI. L'alternative : les tribunaux d'appel sectoriels ou la juridiction d'appel générale

Si la Commission de réforme du droit du Canada devait recommander la création d'un tribunal semblable à l'AAT et que le Parlement décide d'y donner suite, il faudrait alors déterminer les décisions susceptibles d'appel devant cette juridiction et celles devant être confiées à des tribunaux d'appel sectoriels. Nous avons tenté de démontrer plus haut que ce choix devrait découler d'études sectorielles et non pas d'un choix global posé a priori. Ces études sectorielles devraient aussi servir à déterminer s'il n'est pas préférable de recourir à un mécanisme d'appel interne, ou encore de ne prévoir

aucun appel. Les observations qui suivent ne visent toutefois que les situations où il serait souhaitable de prévoir un appel devant un organisme externe.

Plusieurs arguments militent en faveur du recours aux appels sectoriels. La spécialisation du tribunal en est l'un des plus convaincants, surtout lorsque le domaine est technique et complexe comme celui des brevets. Cela dit, un tribunal à juridiction étendue n'est pas nécessairement incompétent. Un tel tribunal peut être divisé en sections, avec des règles prévoyant par exemple que les affaires touchant tel ou tel domaine seraient confiées à trois membres, dont deux devraient être des spécialistes du domaine. La présence d'un généraliste éclairé constituerait une certaine innovation : les hypothèses des spécialistes pourraient être remises en question d'un autre point de vue, sans que par ailleurs le généraliste puisse imposer une décision inconsidérée puisque les spécialistes seraient toujours majoritaires.

Toujours sur le plan de la spécialisation, de nombreuses décisions supposent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Certaines décisions exigent une connaissance approfondie d'un secteur donné et devraient donc faire l'objet d'un droit d'appel sectoriel, alors que d'autres exigent plus d'ouverture, ce qu'un tribunal d'appel ayant une juridiction plus étendue est plus susceptible d'offrir.

L'importance que peuvent revêtir les connaissances et la spécialisation varie selon le nombre des affaires entendues en appel, encore que cela soit dans une faible mesure. Lorsque le nombre des affaires est élevé, on sera fondé à nommer des spécialistes du domaine comme membres du tribunal. Malgré sa vocation générale, le tribunal pourra par ailleurs acquérir de l'expérience à la faveur des dossiers dont il est saisi. Par contre, lorsque le nombre des affaires entendues en appel est très faible, il se peut que les connaissances nécessaires ne puissent être réunies qu'au sein d'un tribunal où les membres siègent à temps partiel ou de façon occasionnelle. Cette solution pourrait sans doute être appliquée à un tribunal de compétence générale, mais semble mieux adaptée à une structure d'appel sectorielle.

Il serait parfois souhaitable que les représentants de certaines associations fassent partie d'un tribunal d'appel. Par exemple, au Canada, il existe dans le domaine des relations de travail et de l'assurance-chômage des tribunaux composés de représentants des milieux patronaux et syndicaux. Encore une fois, une telle composition est possible au sein d'une juridiction d'appel générale, mais un tribunal sectoriel semble mieux s'y prêter.

Certains types de décisions se rattachent uniquement à des cas individuels alors que d'autres restent indissociables de l'élaboration d'orientations administratives ou politiques. C'est ce qu'on affirme pour bon nombre de décisions administratives en matière de transport. Dans ces conditions, il semble plus indiqué d'établir un mécanisme d'appel sectoriel ayant une participation reconnue par la loi à l'élaboration des politiques du ministère ou de l'organisme.

Un mécanisme d'appel sectoriel semble particulièrement souhaitable lorsqu'il s'agit d'introduire une certaine diversité sur le plan de la procédure, notamment pour ce qui est des délais. Par exemple, dans le domaine de la santé et de la sécurité, les décisions doivent parfois être prises très rapidement et il importe que le tribunal refuse catégoriquement toute demande d'ajournement, du moins avant d'avoir rendu une ordonnance interlocutoire. Dans un autre domaine, une procédure plus lente peut offrir

des avantages, ou à tout le moins n'être pas préjudiciable. Une attitude libérale face aux demandes d'ajournement permet de satisfaire les besoins des parties et améliore la préparation des dossiers. Il pourrait être difficile pour un tribunal d'appel de compétence générale de moduler ses procédures et sa rapidité, surtout au regard des fortes pressions qui s'exercent en faveur du nivellement procédural.

Enfin, les avocats généralistes peuvent éprouver des difficultés à connaître en détail les différentes règles de procédure suivies par divers tribunaux; par contre, les personnes qui travaillent dans un domaine précis peuvent n'avoir aucune difficulté à bien connaître la procédure d'un tribunal spécialisé œuvrant dans ce domaine, même si elles n'ont pas de formation juridique. Un tribunal d'appel de compétence générale aura donc tendance à attirer des avocats de pratique générale et, par conséquent, à mettre l'accent sur les principes généraux du droit et à favoriser la procédure de type contradictoire. À l'inverse, un tribunal d'appel sectoriel risque d'attirer moins d'avocats de pratique générale, mais davantage d'avocats spécialisés dans le domaine concerné ainsi que des experts sans formation juridique. Il pourrait de cette façon attacher plus d'importance au fond des affaires ainsi qu'aux grands objectifs du système. Sa composition pourrait également l'inciter à adopter des procédures adaptées au domaine concerné.

Un tribunal d'appel de compétence générale offre toutefois certains avantages par rapport aux mécanismes sectoriels. Les principaux avantages se manifestent en rapport avec les notions d'égalité devant la loi et d'égalité de traitement. Si les appels interjetés par les grandes sociétés et les citoyens à faible revenu sont entendus par le même tribunal, il est possible que ces divers appelants puissent compter sur la même qualité de justice. S'ils doivent saisir des tribunaux différents, on peut craindre que les personnes ayant le plus d'expérience s'occupent des intérêts des grandes entreprises et que les gens ordinaires doivent se contenter d'une justice de moindre qualité.

Un tribunal d'appel de compétence générale est susceptible d'avoir assez d'importance et de prestige pour lui assurer une parfaite indépendance à l'égard de l'Administration. Un tribunal d'appel sectoriel est davantage exposé à l'influence et au pouvoir du ministère ou de l'organisme auquel il se rattache, d'un autre organisme rendant des décisions susceptibles d'appel, ou encore d'un groupe de pression. C'est pourquoi un tribunal d'appel administratif du type de l'AAT est davantage en mesure de protéger les droits des personnes démunies. À cet égard, les régimes destinés à protéger les travailleurs ou les chômeurs sont fréquemment soumis à des pressions plus néfastes qu'on avait pu le prévoir au moment de l'adoption de leur législation constitutive. Pour protéger les droits de ces groupes sociaux, il faut absolument que la structure d'où émanent les décisions soit à l'abri des pressions politiques.

Un tribunal d'appel sectoriel peut être particulièrement vulnérable aux pressions politiques, en particulier si un ministre, un fonctionnaire ou un puissant groupe de pression, dont on sait ou dont on croit qu'il favorise un certain genre de décisions, a également le pouvoir de faire des recommandations, d'exercer un droit de regard, ou de prendre des décisions relativement au budget du tribunal ou à la nomination, au renouvellement, à l'avancement ou au traitement de ses membres.

Parmi d'autres facteurs qui peuvent jouer un rôle essentiel, il faut signaler que, dans un domaine d'intervention, la centralisation ou la régionalisation des mécanismes d'appel est directement déterminée par le choix qui est fait entre un tribunal d'appel de

compétence générale et un tribunal d'appel sectoriel. La centralisation peut favoriser l'uniformité. Elle ne présente souvent aucun inconvénient dans les domaines qui exigent des compétences de haut niveau, déjà centralisées pour d'autres raisons[22]. Toutefois, pour que le tribunal d'appel puisse être accessible au citoyen ordinaire, s'il est appelé à résoudre des questions de crédibilité, ou si, pour d'autres raisons, il doit procéder à des consultations locales, la décentralisation des services d'appel peut être essentielle. Parallèlement aux besoins de décentralisation, c'est le domaine en cause qui permet de juger de l'aptitude d'un tribunal du type de l'AAT ou d'un tribunal d'appel sectoriel à être décentralisé.

Il faut tenir compte d'un autre facteur important : le degré d'indépendance ou d'interdépendance du secteur en cause. Lorsqu'une affaire donnée concerne plusieurs secteurs, il est plus facile d'arriver à des décisions d'appel définitives, cohérentes et rapides lorsque c'est un organisme du genre de l'AAT qui s'en charge. Prenons l'exemple d'une personne ayant une incapacité, ou une prétendue incapacité, qui demande une allocation d'ancien combattant et, à défaut ou en plus, l'allocation de maladie de l'assurance-chômage suivie d'une pension d'invalidité du Régime de pensions du Canada. On pourrait éviter les risques d'incohérence, réduire les délais et rendre une décision plus juste, à meilleur prix, si toutes ces demandes pouvaient être regroupées en dernier ressort devant un même organisme d'appel.

Nous n'avions pas l'intention d'épuiser la question des avantages et des inconvénients que présente le tribunal de compétence générale par rapport aux mécanismes sectoriels. Nous avons simplement voulu montrer que ces avantages et inconvénients varient considérablement en fonction du domaine concerné. En somme, la création d'un tribunal d'appel administratif serait justifiée dans certains secteurs, alors qu'il faudrait s'en remettre à des mécanismes d'appel sectoriels pour les autres secteurs.

VII. Le coût

De façon générale, un tribunal d'appel externe coûte plus cher qu'un mécanisme d'appel interne. Il n'existe cependant aucune raison a priori pour qu'un tribunal du type de l'AAT coûte plus cher ou moins cher que des structures d'appel sectorielles.

Dans certains domaines, un tribunal d'appel de compétence générale pourrait permettre des économies d'échelle, alors que dans d'autres, ce serait le contraire. Par exemple, un tribunal compétent pour entendre un grand nombre d'affaires émanant de secteurs différents pourrait amener la mise en commun de locaux, de systèmes de communications, d'ordinateurs, de bibliothèques, de laboratoires, etc. Par contre, un tribunal d'appel sectoriel n'entendant que peu d'affaires serait peut-être en mesure de fonctionner adéquatement sans pour autant jouir de locaux permanents; ses membres seraient rémunérés à taux horaire, selon les besoins, et travailleraient à temps partiel. Il pourrait parvenir à une plus grande efficacité puisque le dirigeant d'un petit organisme peut exercer une surveillance personnelle plus étroite.

---

22. Citons par exemple le domaine des brevets.

Pour un secteur précis, il n'est guère possible d'effectuer une comparaison entre les avantages d'un tribunal du type de l'AAT et ceux d'un mécanisme d'appel sectoriel sans avoir procédé à une étude empirique intensive; il serait futile d'essayer d'élaborer des principes généraux concernant les structures des mécanismes d'appel pour ensuite en tirer des conclusions.

CHAPITRE DOUZE

Conclusion

L'élaboration de principes d'application générale ne permet pas de départager les avantages offerts par un tribunal d'appel administratif par rapport à ceux des mécanismes sectoriels. La seule façon d'effectuer un choix intelligent sur ce point et sur d'autres aspects des mécanismes d'appel est de le faire découler d'un ensemble d'études sectorielles.

L'AAT semble parvenir à des résultats satisfaisants dans les affaires dont il est saisi et il exerce également une influence favorable sur le respect du droit au sein de l'Administration. Il s'agit là de réussites importantes qui n'auraient probablement pas pu être réalisées autrement. L'AAT demeure cependant une institution marginale par rapport aux grands problèmes de l'administration dite «quasi judiciaire».

Un organisme d'appel comme l'AAT pourrait constituer un moyen de corriger les erreurs ponctuelles qui se produisent dans un processus décisionnel bien conçu et raisonnablement efficace; mais ce n'est pas la situation la plus fréquente. Bien souvent, la structure décisionnelle initiale présente de graves lacunes. La juridiction de l'AAT risque de perpétuer le problème en donnant l'illusion d'y apporter une solution. En raison des lacunes du système, l'AAT n'est probablement saisi que d'un très faible pourcentage de décisions fautives. Pour le reste, il n'existe probablement que très peu de solutions de rechange pour corriger les injustices.

Pour les décisions qui exigent la tenue d'une enquête, qui prêtent à controverse, qui présentent des difficultés ou qui risquent d'avoir des conséquences préjudiciables, le respect de l'équité procédurale et la capacité d'analyse des décideurs sont sans doute aussi importants, voire plus importants, en première instance qu'en appel. Pourtant, force nous est de constater qu'en Australie, tout comme au Canada, les aspects les plus fondamentaux de l'équité procédurale sont généralement absents du processus décisionnel de premier niveau. Il en va de même des compétences juridiques et analytiques. Par contre, en appel devant l'AAT, on peut constater un recours abusif au droit et à des formes procédurales rigides inspirées du système contradictoire. Il faut manifestement en arriver à un meilleur équilibre du droit à tous les niveaux de prise de décision.

L'étude de l'Administrative Appeals Tribunal ouvre des perspectives nouvelles et fort utiles. Une institution de ce type pourrait contribuer à améliorer les structures actuelles au Canada, mais, pour les raisons qui viennent d'être indiquées, d'autres réformes, notamment les trois premières mesures décrites ci-dessus, seraient également intéressantes.

BIBLIOGRAPHIE

Administrative Appeals Tribunal 1985 — *Your A.A.T. Hearing : What Will It Be Like ?*, brochure.

Administrative Review Council 1977 à ce jour — Rapports annuels.

Administrative Review Council 1980 — *Jurisdiction of Ombudsman: Working Party Report to Council.*

Administrative Review Council 1983 — *Rights of Review Under The Migration Act 1958 and Related Legislation : Interim Report on the Constitution of the Administrative Appeals Tribunal.*

Administrative Review Council 1984 — *The Structure and Form of Social Security Appeals*, rapport n° 21.

Administrative Review Council 1985 — *The Relationship Between the Ombudsman and the Administrative Appeals Tribunal*, rapport n° 22.

Administrative Review Council Quarterly — *Admin. Review.*

Balmford, R. 1985 — «The Administrative Appeals Tribunal in Practice», *Administrative Law* 11 (tiré du *Law Institute Journal*).

Burnett, R. 1983 — «The Giving of Reasons», 14 *Federal Law Review* 157.

Butterworths 1977 à ce jour — *Administrative Law Decisions.*

Butterworths Coll. perm. — *Administrative Law Service.*

Butterworths Coll. perm. — *Australian Administrative Law Bulletin*, D.C. Pearce (éd.).

Campbell, R.M. 1975 — *Ombudsman Bill and Administrative Appeals Tribunal*, document de recherche n° 16 (2) pour la Royal Commission on Australian Government Administration.

Carney, T. 1982 — «Social Security Reviews and Appeals in Australia : Atrophy or Growth ?», 1 *Australian Journal of Law and Society* 32.

Commonwealth d'Australie 1971 — *Commonwealth Administrative Review Committee: Report*, document parlementaire n° 144.

Commonwealth d'Australie 1973 — *Committee on Administrative Discretions: Final Report*, document parlementaire n° 316.

Commonwealth d'Australie 1976 — Royal Commission on Australian Government Administration, *Report*.

Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman 1984-1985 — *Annual Reports*.

Curtis, L.J. 1980 — «Some Reflections on the Administrative Appeals Tribunal», *The Working of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Curtis, L.J. 1985 — *Administrative Law Reform — Impact on Public Sector Management*, communication présentée à la National Government Accounting Convention, Adelaide.

Davey, R.C. 1980 — «The Administrative Impact of the Administrative Appeals Tribunal on the Australian Government Retirement Benefits Office», *The Working of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Davey, R.C. 1983 — «The New Administrative Law : A Commentary on Cost», 42 *Australian Journal of Public Administration* 261.

Davey, R.C. 1985 — *The Ombudsman Through the Looking Glass*, non publié.

Department of Social Security 1984 — *Guidelines for Review Officers*.

Goldring, J. 1981 — «The Accountability of Public Administrators and the Rule of Law in Australia», 1 *Lawasia* 326.

Goldring, J. 1982 — «Responsible Government and the Administrative Appeals Tribunal», 13 *Federal Law Review* 90.

Griffiths, J. 1985 — «The Administrative Review Council», *Administrative Law*, 27 (tiré du *Law Institute Journal*).

Gyles, R.V. 1980 — «The Barrister's View», *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Hall, A.N. 1981 — «Administrative Review Before the Administrative Appeals Tribunal — A Fresh Approach to Dispute Resolution? Part I», 12 *Federal Law Review* 71.

Hall, A.N. 1983 — «Aspects of Federal Jurisdiction : The Administrative Appeals Tribunal (Cth)», 57 *Australian Law Journal* 389.

Hall, A.N. 1986 — «The Jurisdiction of the Administrative Appeals Tribunal in Customs Matters», 14 *Australian Business Law Review* 157.

Ison, T.G. 1986 — «The Therapeutic Significance of Compensation Structures», 64 *R. du B. Can.* 605.

Ison, T.G. 1986 — «The Sovereignty of the Judiciary», 27 *Les Cahiers de Droit* 503.

Kirby, M.D. 1980 — «Administrative Review on the Merits : The Right or Preferable Decision», 6 *Monash University Law Review* 171.

Kirby, M.D. 1981 — «Administrative Review : Beyond the Frontier Marked 'Policy — Lawyers Keep Out'», 12 *Federal Law Review* 121.

Commission de réforme du droit du Canada 1980 — *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale*, Rapport n° 14.

Commission de réforme du droit du Canada 1985 — *Les organismes administratifs autonomes*, Rapport n° 26.

Lucire, Y. 1982 — «Doctors, Politics and Invalid Pensions : A Review of the First 50 AAT Decisions», 7 *Legal Service Bulletin* 275.

Moon, G. 1985 — «Department of Social Security : Beyond Judicial and Ministerial Control ?», 10 *Legal Service Bulletin* 230.

Mullan, D.J. 1983 — «Alternatives to Judicial Review of Administrative Action — The Commonwealth of Australia's Administrative Appeals Tribunal», 43 *R. du B.* 569.

Osborne, G. 1982 — «Inquisitorial Procedure in the Administrative Appeals Tribunal — A Comparative Perspective», 13 *Federal Law Review* 150.

Palk, L. 1983 — *Law Reform in Action : The Impact of the New Administrative Law on the Department of Social Security*, mémoire de licence, université d'Adelaide.

Parliament of the Commonwealth of Australia 1986 — *Parliamentary Debates*, New ser., vol. H. of R. 150 (19 août au 25 septembre 1986).

Peiris, G.L. 1986 — «The Administrative Appeals Tribunal of Australia : the First Decade», 6 *Legal Studies* 303.

Ross, K. 1980 — «The Workings of the Tribunal», *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series of Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Skehill, S.F. 1980 — «The Departmental Advocate's View», *The Workings of the Administrative Appeals Tribunal*, Canberra Series in Administrative Studies, Canberra College of Advanced Education.

Sweeney, D.
1984

«Recovery of Social Security Overpayments», 7 *University of New South Wales Law Journal* 317.

Taylor, G.D.S.
1984

«The Deportation Jurisdiction of the Administrative Appeals Tribunal», 37 *Administrative Law Service* 5065.

Todd, R.K.
1981

«Administrative Review Before the Administrative Appeals Tribunal — A Fresh Approach to Dispute Resolution? Part II», 12 *Federal Law Review* 95.

Vosburgh, M.
1986

«Implementation Analysis: The Case of Accident Compensation in New Zealand», 9 *Evaluation and Program Planning* 49.

Wilson, D.
1986

Rethinking Administrative Appeals, document de travail rédigé pour la Commission de réforme du droit du Canada (non publié).

TABLE DES ARRÊTS

Drake c. *Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, (1979) 24 Australian Law Reports 577.

Fagan c. *Crimes Compensation Board*, [1982] 4 Administrative Law Notes N234.

McDonald c. *Director-General of Social Security*, [1984] 6 A.L.D. 6.

Operation Dismantle Inc. et al. c. *La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

Re Brian Lawlor Automotive Pty Ltd and Collector of Customs (New South Wales), [1978] 1 A.L.D. 167.

Re Control Investment Pty Ltd and ORS and Australian Broadcasting Tribunal (nº 2), [1981] 3 A.L.D. 88.

Re Control Investment Pty Ltd and ORS and Australian Broadcasting Tribunal (nº 3), [1981] 4 A.L.D. 1.

Re Dart and Director-General of Social Services, [1982] 4 A.L.D. 553.

Re Duncan and Director-General of Health, [1980] 3 A.L.D. 18.

Re Holbrook and Australian Postal Commission, [1983] 5 Administrative Law Notes N46.

Re Kay and Secretary, Department of Social Security, [1985] 9 A.L.D. 177.

Re Keane and Australian Postal Commission, [1977] 1 A.L.D. 53.

Re Korovesis and Director-General of Social Security, [1983] 6 A.L.D. 244.

Re Mutimer and Australian Telecommunications Commission, [1984] 6 A.L.D. N29.

Re Reeve and Commissioner for Superannuation, [1981] 3 A.L.D. 249.

Re Sullivan and Secretary, Department of Transport (No. 3), [1979] 2 A.L.D. 502.

Re Tobin and Department of Transport, [1977] 1 A.L.D. 7.

Roesler and Secretary to Department of Social Security, (1985) 27 Social Security Reporter 333.

TABLE DES LOIS

Australie

Administrative Appeals Tribunal Act 1975, 1975, n° 91.

Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977, 1977, n° 59.

Biological Control Act 1984, 1984, n° 139.

Customs and Excise Legislation Amendment Act (N° 2) 1985, 1985, n° 175.

Environment Protection (Sea Dumping) Act 1981, 1981, n° 101.

Freedom of Information Act 1982, 1982, n° 3.

Grain Legumes Levy Collection Act 1985, 1985, n° 107.

Interstate Road Transport Act 1985, 1985, n° 130.

Marriage Act 1961, 1961, n° 12.

Ombudsman Act 1976, 1976, n° 181.

Sales Tax Assessment Act (No. 1) 1930, 1930, n° 250.

Social Security Act 1947, 1947, n° 26.

Subsidy (Grain Harvesters and Equipment) Act 1985, 1985, n° 183.